Zur Geschichte und Dogmatik der reformatio in peius.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Rolf Lauckner
aus **Berlin.**

BRESLAU 1913.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG.
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zur Geschichte und Dogmatik der reformatio in peius.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Rolf Lauckner
aus **Berlin.**

ACAD. IUGD BAT. BIBL.

BRESLAU 1913.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG.
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Referent:
Professor Dr. Fr. Oetker.

Herrn Professor Dr. Friedr. Oetker
in Verehrung zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549803_0115

Inhalt.

Seite

A. Terminologie und Begriffsformulierung.

I. l. 1 pr. Dig. de appell. 49, 1 1
II. Die reformatio in peius im Zivilprozeß 6
III. Anschlußberufung 7
IV. Kostenfrage 10
V. Prozeßvoraussetzungen 11
VI. Bedingte Endurteile 13
VII. Die reformatio in peius in den übrigen Verfahrensarten . 18
VIII. Begriffsformulierung der reformatio in peius für das Strafverfahren 18

B. Geschichte.

IX. Altgermanischer Prozeß 26
X. Attischer Prozeß 29
XI. Römischer Prozeß 29
XII. Kanonischer und gemeiner Prozeß 34
XIII. Die Literatur 38
XIV. Die Partikularrechte vor der Reichsstrafprozeßordnung . . 41
XV. Die reichsgesetzliche Kodifikation 47
XVI. Die reformatio in peius in den ausländischen Strafverfahren . 49

C. Dogmatik und Kritik.

XVII. Die abweichende Fassung der §§ 372 und 398 Abs. 2, 413 Abs. 2 58
XVIII. Der Bergriff der härteren Strafe 62
XIX. Der Begriff der Abänderung zum Nachteile des Angeklagten . 71
XX. Steitfragen 78
XXI. Die Berechtigung einer reformatio in peius. Die Geschichte 83
XXII. Kriminalpolitik und Humanität 84
XXIII. Juristische Grundsätze 86
XXIV. Der Entwurf der Strafprozeß-Ordnung 92

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Abegg, Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprozosses, Braunschweig 1837.

Ammianus Marcellinus, rerum gestarum libri qui supersunt, (Gardthausen), Leipzig 1857.

Arnold, Ueber die reformatio in peius, im ArchZivPrax. Bd. 28, 1848.

— Unbedingte Unzulässigkeit der reformatio in peius in Strafsachen, im GerS. Bd. 10 1858.

Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprozeß, Göttingen 1840—1842.

— Lehrbuch des Strafprozesses, Göttingen 1835.

Bayer, Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Zivilprozeß, München 1869.

Bennecke, Lehrbuch des Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1895.

Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeß-Rechts, Breslau 1900.

Biener, Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte, Leipzig 1848.

— Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Leipzig 1827.

Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl., Leipzig 1904.

v. Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.

Bluhme, Quellen und Literatur des in Deutschland geltenden Strafprozeßrechts, Bonn 1854.

Böhmer, Exercitationes ad Pandectas, Halle 1723.

Borsani e Casorati, Codice di Procedura penale Italiano commentato, Bd. VI, Milano 1884.

Bourguignon, Jurisprudence des codes criminels, Paris 1825.

Bromberg, Das Rechtsmittelwesen in England und Schottland, Berlin 1908.

Brunnemann, Tractatus jurid. de inquisitionis prozess., Frankfurt 1679.

Carpzow, Practicae nova rerum criminalium, (Varrentrapp), Frankfurt 1758.

Claproth, Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß, 2. Aufl., Göttingen 1786.

Dalcke, Die deutsche Strafprozeßordnung, 12. Aufl., Berlin 1910.
Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence, Paris 1846.
Danz, Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses, Stuttgart 1795.
— Grundsätze des ordentlichen gemeinen bürgerlichen Prozesses, bearbeitet von Gönner, 5. Aufl., Stuttgart (1781) 1806.
Daude, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1889.
Degener, Die größeren Justizorganisationsgesetze für das Herzogtum Braunschweig, Braunschweig 1850.
Dochow, Der Reichsstrafprozeß, 3. Aufl., Berlin 1880.
Graf Dohna, Berufung in Strafsachen, Heidelberg 1911.
Dorendorf, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Breslau 1881.
Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 5. Aufl., Göttingen 1843/44.
Entwurf einer Strafprozeßordnung nebst Begründung, Berlin 1908.
Feuerbach, Lehrbuch des in Deutschland geltenden peinlichen Prozesses, 6. Ausgabe, Gießen 1801.
Fink, Die sogenannte reformatio in peius bei Eidesurteilen, Schiltigheim 1911.
Freund, Wörterbuch der lateinischen Sprache nach historisch-genetischen Prinzipien mit steter Berücksichtigung der Grammatik, Synonymik und Altertumskunde, Leipzig 1846.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 8. und 9. Aufl. 1908.
Geib, Geschichte des römischen Criminalprozesses, Leipzig 1842.
Gerland, Die englische Gerichtsverfassung, Leipzig 1910.
Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1880.
Glaser, Anklage, Wahrspruch uud Rechtsmittel im englischen Schwurgerichtsverfahren, Erlangen 1866.
Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, Erlangen 1802.
Goltdammer, Archiv für preußisches Strafrecht, Bd. 1, 4, 8, 13, 22.
J. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, Göttingen 1842.
— Vorrede zu Thomas: der Oberhof zu Frankfurt a/M., Frankfurt 1841.
Grolmann, Grundsätze der Criminal-Rechtswissenschaft, Gießen 1798.
Häberlin, Sammlung der neuen deutschen Strafprozeßordnungen, Greifswald 1852.
Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, 2. Aufl. (Stegemann) Berlin 1885.
Heinemann, Zur Reform der Strafprozeßordnung, Stuttgart 1909.
Hélie, Traité de l'instruction criminelle, Paris 1858.
Hélie-Depeiges, Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, Paris 1909.
Hellweg, Strafprozeßordnung, 14. Aufl., Berlin 1907.
Hepp, Ueber das Verschärfungsrecht der höheren Strafbehörden, in Jagemanns Zeitschrift Bd. 2, Darmstadt 1844.
Hoch, Entwicklung der Lehre von der accessorischen Appellations-Adhäsion, Rothenburg 1821.
Hulshoff, de appellandi facultate in causis criminalibus admittenda, 1846.

Jenensische Allgemeine Literaturzeitung, Jena und Leipzig, 1806.
Jenks, A short history of English Law, London 1912.
Keber, Gegen das Verbot der reformatio in peius, ein Symptom des Zurückweichens der staatlichen Strafgewalt vor den Verbrechern, Spandau 1892.
Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Berlin 1910.
— Das Verbot der reformatio in peius, im GerS. Bd. 38, 1886.
Kleinschrod, Ueber die Rechtskraft peinlicher Urteile in Klein und Kleinschrods Archiv des Criminalrechts Bd. 2, Stück 3, Halle 1800.
— Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die Kurpfalzbayrischen Staaten, München 1802.
Klenze, Lehrbuch des Strafverfahrens, Berlin 1836.
Koch, Institutiones Juris Criminalis, Jena 1770.
Kreß, Kommentar zur C.C.C., Hannover 1768.
v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg 1892.
— Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses, Breslau 1880.
Legraverend, Traité de la législation criminelle en France, 4. édition, Paris und Brüssel 1839.
Le Sellyer, Traité du droit criminel appliqué aux actions publiques et privées, Paris 1844.
Leuthold, Russische Rechtskunde, Leipzig 1899.
Leyser, Meditationes ad Pandectas, Frankenthal 1780.
Liepmann, Kritische Erörterungen und Vorschläge zur Strafprozeßordnung, Berlin 1909.
— Das Vorverfahren in englischen Strafprozessen mit besonderer Berücksichtigung der den Polizeirichter und Polizeibeamten übertragenen Machtbefugnisse, in der ZStW. Bd. 6 1886.
v. Lilienthal, Reformatio in peius, in Holtzendorffs Rechtslexikon, 3. Aufl., Leipzig 1881.
Linde, Beiträge zu der Lehre von der Gemeinschaft der Appellation und der reformatio in peius, im ArchZichPrax. Bd. 19/20.
Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.
Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 12. Aufl., Berlin 1907.
Lohsing, Das Verbot der reformatio in peius im Strafverfahren, Wien 1907.
Loos, Ueber die relative Rechtskraft von Straferkenntnissen nach preußischem Recht. In der Allg. deutschen Strafrechtszeitung, September 1870.
Ludovici, Einleitung zum peinlichen Prozeß, Halle 1707.
Mancini, Manuale di Procedura Penale Italiana. Milano, Torino, Roma 1912.
Martin, Lehrbuch des Strafprozesses, 3. Aufl., Heidelberg 1831.
— Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal-Prozesses, Göttingen 1812.
Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens, Heidelberg 1824.
Mayer, Kommentar zur Oesterr. Strafprozeßordnung von 1873, Wien 1884.
Mehlen, Ueber die Appellation und andere Impugnativmittel gegen richterliche Erkenntnisse. Berlin und Stralsund 1791.
Meier und Schömann, Attischer Prozeß, Halle 1824.
Meister, principia juris criminalis, Göttingen 1828.
Merkel, Ueber das Recht der Berufung in Strafsachen im GerS. Bd. 5 1853.

Mitterbacher, Die Strafprozeßordnung, Wien 1882.
Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren, Heidelberg 1846.
— Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren. Erlangen 1851.
Morin, Répertoire du droit criminel, Paris 1852.
Müller, Lehrbuch des teutscden gemeinen Kriminalprozesses, Braunschweig 1837.
— Lexikon des Kirchenrechts, 2. Aufl., Berlin 1839.
Mumm, Bemerkungen zum Verbot der reformatio in peius. In der ZStW. Bd. 22, 1902.
Norden, Zum Verbot der reformatio in peius, in der ZStW. Bd. 29, 1909.
Oeltze, Anleitung zur gerichtlichen Praxis, 2. Aufl., Jena 1800.
Oetker, Kritische Abhandlung über Benneckes Strafprozeßlehrbuch. In den Göttingischen Gelehrten Anzeigen, 1890.
— Rezension von Binding, Grundriß des Strafprozeßrechts, Gerichtssaal Bd. 65 S. 434 fg.
Oldekop, Contra Benedictum Carpzowium I C tractatus duo Justi Oldekopii JCti, primus de appellatione in causis criminalibus, alter decades quinque questionum ad prozessum criminalem, necessarium, Bremen 1691.
— Tractatus de Appellatione in Causis Criminalibus, Coburg 1722.
Oppenhoff, Rechtsprechung des Kgl. OTr. Berlin.
Petersen, Die Zivilprozeß-Ordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1906.
v. Pfister, Reformatio in peius, im Recht 14. Jahrg. No. 18, 1910.
Planck, Die Lehre vom Beweisurtheil. Göttingen 1846.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Nördlingen 1887—1895.
Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Berlin 1905.
Puchelt, Die Strafprozeß-Ordnung für das Deutsche Reich, Leipzig 1881.
Pufendorf, Introductio in prozessum Criminalem. Frankfurt und Leipzig 1732.
Püttmann, Elementa Juris Criminalis. Leipzig 1775.
Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. 6. Aufl. Leipzig 1821.
Rechtsmittel im Strafverfahren, von einem Mitglied des kurhessischen Strafgerichts dargestellt. Hanau 1834.
Rintelen, Der Strafprozeß, Berlin 1891.
Rogge, Ueber das Gerichtswesen der Germanen. Halle 1820.
Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß, 2. Aufl. Berlin 1905.
Sartorius, Beiträge zur Geschichte und Theorie der reformatio in peius, im ArchZivPrax. Bd. 31, 1848.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. Leipzig 1906.
Schultzenstein, Wesen und Grund der Unzulässigkeit einer reformatio in peius, in BuchsZ. Bd. 31.
v. Schwarze, Kommentar zu der Strafprozeß-Ordnung, Leipzig 1878.
— Ueber die Stellung des Appellationsrichters im mündlichen Strafverfahren, GerS. Bd. 9 1857.
— Ueber den Devolutiveffekt der Rechtsmittel insbes. gegenüber dem Verbote der reformatio in peius, im GerS. Bd. 14 1862.
v. Seuffert, Kommentar zur Ziv.-Proz.-Ordnung, 11. Aufl. 1910.

v. Seuffert, Das Verbot der reformatio in peius, München 1861.
Sirey et Malepeyre, Code D'Instruction Criminelle annoté, 4. édition, Paris 1913.
Steiger, Vermischte Aufsätze und Abhandlungen aus dem Gebiet der Justiz und Polizei, Mainz 1806.
v. Stemann, Darstellung des preußischen Strafverfahrens. Berlin 1858.
Stenglein, Kommentar zur Strafprozeß-Ordnung 3. Aufl. München 1898.
Stephen, Digest of the Law of Criminal Procedure in Indictable offences. London 1883.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 9. Aufl. 1910.
Stübel, Das Kriminalverfahren in den deutschen Gerichten mit besonderer Rücksicht auf das Königreich Sachsen. Leipzig 1911.
Sundelin, Sammlung der neueren deutschen Gesetze über Gerichtsverfassung und Strafverfahren. Berlin 1861.
Süß, Die Stellung der Parteien im modernen Strafprozeß. Wien 1898.
Thilo, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1878.
Thode, Das Verbot der reformatio in peius im Reichsstrafprozeß. Göttingen 1896.
Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaften und der deutschen Gesetzeskunde. Halle 1824.
Traub, Die Strafprozeß-Ordnung. Heidelberg 1883.
Trébutien, Cours élémentaire de droit criminel, Paris 1854.
Trotter, Appeals from the convictions and orders of justice, London 1884.
v. Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. München 1893.
Wach, Die reformatio in peius bei Endurteilen. In Gruchots Beitr. 5. Folge 2. Jahrg. 1893.
— Vorträge über die Zivilprozeßordnung, 2. Aufl. Bonn 1896.
Walther, Die Rechtsmittel im Strafverfahren. München 1853.
Weber, Ueber die Appellation in Kriminal-Sachen, Würzburg und Bamberg 1805.
Weidlich, Die englische Strafprozeßpraxis und die deutsche Strafprozeßreform, Berlin 1906.
Wernher, De Appellatione in Causis Criminalibus ex Juribus Romano, Germanico, Canonico, Wittenberg 1739.
Zachariae, Handbuch des Deutschen Strafprozesses. Göttingen 1868.

Die Abkürzungen entsprechen den Vorschlägen des Deutschen Juristen-Tages.

A.

Terminologie und Begriffsformulierung.

I.

l. pr. Dig. de appell. 49, l.

Der Ausdruck „reformatio in peius“ oder „in durius“ ist kein quellenmäßiger, sondern ein juristischer Kunstausdruck, dessen begrifflicher Umfang durchaus nicht einheitlich festgelegt ist. Zum Verständnis dieses Ausdruckes erscheint es deshalb geboten, zunächst seinen Quellen nachzugehen, seine Anwendbarkeit auf die verschiedenen Verfahrensarten zu prüfen, den Umfang des Begriffes damit zu erkennen und der Formulierung einer für die nachfolgende Arbeit gültigen Definition zu Grunde zu legen.

Das römische Recht hat nachweisbar den Ausdruck reformatio in peius nicht gekannt, obgleich die meisten juristischen Interpreten desselben, indem sie philologische Wortforschung und juristische Formulierung nicht scharf genug auseinander halten, das Gegenteil behaupten.[1]) Sie berufen sich dabei auf eine in

[1]) So u. a. Thode: Verbot der reformatio in peius S. 53 „der Ausdruck reformatio in peius stammt aus den Pandekten“, wobei er sich auf die weiter unten im Text zitierte Digestenstelle stützt.

Keber: Gegen das Verbot der reformatio in peius S. 61 „der Ausdruck reformatio in peius kommt in den justinianeischen Rechtsquellenwohl nur einmal vor“; folgt dieselbe Stelle etc. Die Quelle dieses Irrtums liegt wohl in der im übrigen ausgezeichneten Abhandlung von Sartorius, auf den sich die meisten Schriftsteller beziehen, und der S. 86/87 seiner „Beiträge zur Geschichte und Theorie der reformatio in peius“ ohne Begründung sagt: „der Ausdruck ist, wie allgemein anerkannt wird, aus dem römischen Recht her-

diesem Zusammenhange viel zitierte Digestenstelle (l. l. pr. de appell. 49, 1) welche sagt:

> Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe quum iniquitatem judicantium, vel imperitiam recorrigat: licet nonunquam bene latas sententias in peius reformet; neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est.

Aus dieser Digestenstelle, in der *Ulpian* nur sagt, daß mitunter weise Richtersprüche in der Appellationsinstanz (inhaltlich) verschlechtert werden könnten, den Ausdruck reformatio in peius herzuleiten, wäre nicht anders, als wollte man ein altes deutsches Gesetz, in dem zu lesen stände, daß „A dem B seinen Willen erklärte“ als die Quelle des Kunstausdrucks der „Willenserklärung“ bezeichnen. Ohne weiteres und mit der Tatsache allein, daß in den Pandekten eine durchaus nicht gleich, sondern dem hier interessierenden scientifischen Rechtsausdruck nur ähnlich lautende Redewendung des Ulpian verzeichnet ist, wird man jedenfalls die Herleitung dieses Ausdrucks nicht begründen können.

Uebrigens, wie sie juristisch zu weit ist, wäre rein philologisch eine solche Abteilung nicht erschöpfend; es ist kaum anzunehmen, daß Ulpian als erster jene dem Ausdruck reformatio in peius ähnlich lautende Verbalform geprägt hat.

Tatsächlich gebraucht denn auch schon der etwas ältere Lucius Apuleius dieselbe Wendung: reformare in aliquid bez. aliquem mehrfach in seinen Metamorphosen, z. B. 3: „singula monstravit, quae possunt rursus in facies hominum tales figuras reformare“. Ebenso Met. l. l. fin. reformare aliquem in alienam

genommen und zwar aus der l. l. pr. Dig. de appell. et rel. (49, 1) „. . . . Und als wollte er die eigenen Zweifel über diese Ableitung beseitigen, unterstreicht er, im Bewußtsein des gänzlichen Auseinandergehens jener Stelle und der reformatio in peius, diese Behauptung durch die Schlußfolgerung: „man sieht also, daß hier aus einer ganz gewöhnlichen Aeußerung des Klassikers ein bestimmt begrenzter Kunstname mit einer völlig veränderten Bedeutung gebildet wurde“. Unbewußt gibt Sartorius mit diesem letzten Satze selbst zu, daß mit anderen Namen und mit anderer Bedeutung unsere reformatio in peius nur außerordentlich schwache Fäden mit jener Ulpianeischen Redewendung verbinden können; um so mehr hätte es einer Begründung bedurft, diese Fäden zu verstärken und damit den berechtigten Zweifel an dieser Beweisführung zu unterbinden.

personam, während der erheblich ältere Ovid, der ursprünglichen Bedeutung des Wortes noch näher, ad aliquem bez. aliquid reformat.[1])

Reformare heißt anfänglich umformen, umgestalten. Reformatio ist Umgestaltung und erhielt bald die ethische Wertung ad melius, welche Bedeutung sich Verb und Substantiv bis heute erhalten haben. Der jüngere Plinius gebraucht das Verb schon in dieser übertragenen Bedeutung: „corruptos depravatosque mores reformare".[2])

Das „in peius reformare" des *Ulpian* erscheint hiernach als ein paradoxon, dessen satirische Spitze sich gegen die übergeordnete Einsicht der übergeordneten Instanzen richtet, etwa ein „Verschlimmbesserung" durch oberrichtliche Entscheidung. Nicht für den Angeklagten schlechter, sondern nur für den Wert des Urteils. Damit aber wird die Ableitung des Ausdrucks von jener Stelle immer unwahrscheinlicher. Denn die satirische Nuance wird keinem Leser entgangen sein. Das ganze geistvolle Wortspiel aber fällt in sich zusammen und wird sinnlos, sobald „in peius" sich auf die Lage des Appellanten und nicht mehr auf den Wert der ersten Entscheidung bezieht. Der Ausdruck könnte also nur sinnlos, oder unter peinlichem Mißverstehen einer Ulpianeischen Pointe herüber genommen worden sein — eine Annahme, zu der doch nicht der geringste Grund vorliegt, besonders wenn man die sorgsame Quellendurchforschung in der Periode der gemeinrechtlichen Praxis in Betracht zieht. Dies alles deutet darauf hin, daß der Ausdruck reformatio in peius vielmehr von einer späteren Zeit geprägt wurde, einer Zeit, der die lateinischen Wortformen in der Rechtssprache zwar noch geläufig und notwendig waren, und die sich doch andererseits vom Verständnis der innerlichsten Feinheiten jener Sprache schon weit genug entfernt hatte, um den Ausdruck reformatio in peius ohne die Absicht einer ihm eigenen satirischen Wirkung bilden zu können. Als diese Zeit kommt aber in erster Linie die Wende des achtzehnten Jahrhunderts in Frage. Der gewaltige soziale Umschwung in Frankreich begann damals besonders mit den ihm folgenden

[1]) Vergl. Forcellini: Totius Latinitatis Lexicon Tomus Tertius p. 619.

[2]) Vergl. Freund: Wörterbuch der lateinischen Sprache ect. S. 64 zu „reformo".

Humanitätsideen in die benachbarten Kulturstaaten hinüber zu wirken und schuf auch in Deutschland einen günstigen Boden für die Erörterung des Problems des Verbotes einer Urteilsänderung zu Ungunsten des von seiner Appellation Milderung erhoffenden Verurteilten. Und hierbei erst scheint sich der Ausdruck reformatio in peius in vollständiger Neubildung, höchstens aber unter ganz entfernter Anlehnung an die Ulpianeische Wendung, in die latinisierende Sprache jener Fachkreise eingeschlichen zu haben. Ein genauerer Zeitpunkt ist freilich dabei schwer festzustellen. Doch wird diese Annahme auch von der, bisher scheinbar außer Acht gelassenen Beobachtung gerechtfertigt, daß sich der Ausdruck in den diesbezüglichen Schriften des achtzehnten Jahrhunderts gar nicht findet,[1]) während er im Anfang des neunzehnten Jahrhunderts plötzlich hier und da auftaucht. Zum ersten Mal bei *Gönner,*[2]) der sagt: „man sollte denken, daß ein Urteil in Rücksicht dessen, welcher kein Rechtsmittel ergriffen hat, auch bei einem von seinem Gegner gebrauchten Rechtsmittel in dem

---

[1]) Vergl. Pufendorf: (1732) Introductio, Prozessum Criminalem, Kap. 18 p. 108 und Kap. 22 p. 129 ff. — Koch: Institutiones Juris Criminalis Kap. 25 p. 622 f. — Tittmann: Elementa Juris Criminalis (1779) Kap 22 p. 477 f. — Selbst Leysers ausführliche und viel zitierte Meditationes (1780) kennen den Ausdruck noch nicht, vergl. spec. 639 med. 7 Tom. 10. p. 216, obwohl sie an dieser Stelle das Verbot einer reformatio in peius verteidigen. — Dagegen gebraucht er p. 218 die Worte: „non poteramus vero sententiam in deterius mutare“ (!). Ebenfalls erwägt Kleinschrod: Ueber die Rechtskraft peinlicher Urteile (1800) das Verbot der reformatio in peius S. 38, 34 und kommt zum Resultat, „daß auch in peinlichen Fällen das Urtheil geschärft werden kann, wenn gegen dasselbe eine Verteidigung (vom Verurteilten) ist geführt worden, und der neue Richter findet, daß die Strafe des ersten Urtheiles zu gering ist bestimmt worden“. Diese und ähnliche mühsame Umschreibung setzen beinahe zwingend die Ungeläufigkeit des Ausdrucks reformatio in peius voraus. Vergl. auch Mehlen: Ueber die Appellation ect. (1791) S. 199 „de mutatione sententiae in deterius“ (!). — Claproth: Vorstellung des Zivilprozesses (1766) § 385. — Oldekop: Tractatus de Appellatione in Causis Criminalibus (1722). — Wernher: De Appellatione in Causis Criminalibus (1744) zitiert Kap. 1 § 2 die Ulpianeische Redewendung „in peius reformet“ und bezeichnenderweise gänzlich ohne Zusammenhang mit der reformatio in peius und ohne daß die geringste Andeutung auf das Bekanntsein des Ausdrucks schließen ließe.

[2]) Gönner: Handbuch des Deutschen gemeinen Prozesses (1802) Bd. 3 S. 163.

Sinne rechtskräftig werde, daß er durch ein ordentliches Rechtsmittel dasselbe nicht mehr anfechten, eine Abänderung desselben zu noch größerem Nachteil seines Gegners (Reformatio in peius) nicht fordern kann". Ob damit freilich *Gönner* als der Schöpfer dieses Ausdruckes anzusehen sei, ist schwer zu entscheiden, wenngleich das begriffliche und sprachliche Ringen, das in dem Zitat zum Ausdruck kommt, diese Vermutung unterstützen könnte. — Jedenfalls beginnt von nun an der Ausdruck sich einzubürgern. Daß das noch nicht plötzlich geschah, rechtfertigt die obige Schlußfolgerung. So scheint z. B. *Weber*[1]) und *Stübel*[2]) der Ausdruck noch unbekannt zu sein. Auch eine Kritik des Weberschen Buches in der Jenensischen Allgemeinen Literaturzeitung[3]) umgeht ihn weitläufig, wo doch schon die notwendige Kürze solcher Besprechungen eine Gewähr dafür bietet, daß er dem Kritiker unbekannt war. —

Zunächst läßt man die Entscheidungen noch in peius oder in durius abändern oder zu Ungunsten des Angeklagten reformieren,[4]) bis dann um 1830, 1840 herum mit wenigen Ausnahmen[5]) der Ausdruck reformatio in peius Gemeingnt der Juristen-Sprache geworden zu sein scheint.[6]) Vermögen diese Tatsachen nun auch nicht als einwandsfreier Beweis für die Nichtexistenz des Ausdrucks vor 1800 zu gelten, so spricht doch, wie gesagt, die nur schwerfällig zu umschreibende Prägnanz des Terminus, die sicherlich jeder Schriftsteller, der sie gekannt, auch genutzt hätte, für die Richtigkeit jener Annahme.

---

[1]) Weber: Ueber die Appellation in Criminalsachen (1805) S. 104.

[2]) Stübel: Das Criminalverfahren in den deutschen Gerichten (1811) Bd. 5 S. 258 und S. 279.

[3]) 3. Jahrgang 4. Bd. 1806 Spalte 23.

[4]) Vgl. Martin: Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprozesses (1812) S. 324. — Tittmann: Handbuch der Strafrechtswissenschaft ect. (1824) Bd. 3 S. 618.

[5]) z. B. Bauer, Lehrbuch des Strafprozesses (1835) S. 342 ff. — Bayl, Beyträge zum Criminalrecht (1824) S. 66 ff. Geib: Geschichte des römischen Criminalprozesses (1842) S. 690.

[6]) z. B. Abegg: Lehrbuch des gemeinen Criminalprozesses (1833) S. 319. – Die Rechtsmittel in Strafsachen von einem Mitglied des Kurhessischen Strafgerichts dargestellt (1834) S. 95 Anm. 6. — Klenze, Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprozesses (1837) S. 518. — Mittermaier: Das deutsche Strafverfahren (1846) II. Teil S. 623.

II.

Die reformatio in peius im Zivilprozess.

Für die Erkenntnis des begrifflichen Umfanges dieses Prozeßausdruckes wird nun zunächst zu untersuchen sein, ob derselbe in allen, oder nur in bestimmten juristischen Verfahrensarten berechtigte Anwendung findet; in Sonderheit, ob und wie weit die reformatio in peius für den Zivilprozeß in Frage kommt.

Der moderne Zivilprozeß wird von der Verhandlungsmaxime beherrscht. Sein Ziel ist, anders als im Strafprozeß, nicht die Erforschung der materiellen Wahrheit, sondern eine Entscheidung darüber, welche der beiden Klagparteien nach den im Gesetz fixierten Vorschriften im Recht ist. — Judex judicat secundum allegata et probata partium. Das Streben nach Wahrheit ist also hier von vornherein an bestimmte Rahmen gebunden, an die Rahmen der Klaganträge. Ne eat judex ultra petita partium. Und somit erscheint eine Abgrenzung der reformatio in peius gegen diese Prozeßart hin als überflüssig und aus den Maximen derselben heraus von selbst gegeben. Der Richter, bei seiner Entscheidung auf die Parteianträge beschränkt, kann schlimmsten Falls den Berufungskläger mit seinem Antrage abweisen, doch im allgemeinen nicht darüber hinaus in peius reformieren.[1])

Wenn die Literatur trotzdem auch bei dieser Prozeßart Fälle der reformatio in peius gelten läßt, so kann das in der Hauptsache nur auf einem Mißverständnis in Bezug auf das Wesen der reformatio in peius beruhen Für diese Vermutung spricht auch der Umstand, daß die meisten Autoren ihren diesbezüglichen Ausführungen gar keine, oder nur gewillkürte, mangelhafte Begriffsbestimmungen zu Grunde legen. Das muß natürlich, da der Begriff von der Literatur keineswegs einheitlich aufgefaßt wird, zu den widersprechendsten Konsequenzen führen. Als Beispiel dafür sei einer der besten Kommentare, der *Gaupp-Stein*'sche, zitiert. Er definiert Bd. 2 S. 48 reformatio in peius als die „Abänderung (einer Entscheidung) zum Nachteil des Berufungsklägers". Das dürfte aber überhaupt keine Begriffsformierung sein, sondern nur eine wörtliche Uebertragung des Ausdruckes, die willkürlich auf den speziellen Fall einer speziellen Prozeßart bezogen wird.

[1]) § 536 ZPO.

Doch nicht einmal aus der Absicht heraus, den Begriff ohne alle Voraussetzungen wörtlich zu interpretieren, erscheint diese Definition gerechtfertigt; denn dann müßte sie lauten: Abänderung einer Entscheidung zum Nachteil jemandes und nicht des Berufungsklägers. Natürlich ergibt sich (um bei dem Beispiel Gaupp-Steins zu bleiben, das für den größten Teil der Kommentarliteratur zutrifft,) bei der Revision die Notwendigkeit, die Definition zweckentsprechend abzuändern. Tatsächlich ist denn auch im Revisionsabschnitt reformatio in peius „eine Abänderung des Berufungsurteils zu Gunsten des Revisionsklägers ohne seinen Antrag und zu seinen Ungunsten ohne Anschließung." S. 110. Und endlich bei der Beschwerde S. 141 ist reformatio in peius „Entscheidung zu Ungunsten des Beschwerdeführers", womit der Kommentar zufällig bei der Definition anlangt, die (auch zu eng) *Seuffert* seiner Abhandlung voranstellt.[1]) Eine solche kasuistische Abfindung mit dem Begriff macht natürlich eine einwandfreie Lösung der im Zusammenhang damit behandelten Fragen unmöglich.[2])

III.

Anschlussberufung.

Nur infolge dieser hier vorherrschenden Begriffsverwirrung ist es denkbar, daß als Hauptfall für die Möglichkeit der reformatio in peius seltsamer Weise ohne Einschränkung von dem größten Teil der einschlägigen Literatur, der Fall der Anschlußberufung gezählt wird.[3]) Nun ist für reformatio in peius aber

[1]) Seuffert: Das Verbot der reformatio in peius etc. S. 11.

[2]) Da es sich bei diesen Ausführungen in Bezug auf den ZP. im Wesentlichen nur darum handelt, das Vorhandensein des Begriffes der reformatio in peius prinzipiell festzustellen, so ist im folgenden nur der besondere Fall der Berufung ins Auge gefaßt, und die eigentlich notwendigen Modifikationen in Bezug auf Revision und Beschwerde sind im Text der Kürze halber fortgelassen worden.

[3]) Vgl. u. a. Struckmann-Koch S. 507. „Abgesehen vom Anschlusse des Gegners . . . keine reformatio peius" v. Seuffert: Kommentar zur ZPO. Bd. 2 S. 42 zu § 536 Anm. 1 b „reformatio in peius ist ohne Anschließung der Berufungsbeklagten unzulässig". — Petersen, Kommentar zur ZPO. Bd. 2 S. 37 zu § 536 Anm. 1 sagt vorsichtiger: „zum Nachteil des Berufungsklägers darf . . . . das angefochtene Urteil nur dann abgeändert werden, wenn

charakteristisch, daß sie zu Ungunsten des Beschwerdeführers auf sein Verlangen nach reformatio in melius ergeht. Im Falle der Anschlußberufung handelt es sich jedoch um zwei vollständig von einander getrennte Verfahren, die nur aus praktischen Gründen auch ohne den sonst nach § 147 ZPO. erforderlichen Verbindungsbeschluß [1]) zusammen verhandelt werden. Dabei wird der in erster Instanz etwa zum größten Teil verurteilte Berufungskläger A mit seinem Besserungsbegehren von der zweiten Instanz wiederum nur abgewiesen. Seine Berufung ist damit erledigt, A nicht mehr Beschwerdeführer, eine reformatio in peius also ausgeschlossen. — Daß der Berufung des Gegners B. der in der ersten Instanz zum größten Teil obgesiegt hatte, nun stattgegeben wird, kann keine reformatio in peius sein. Im Resultat mag eine solche Entscheidung einer reformatio in peius ähnlich sein. Wollte man jedoch diese Bezeichnung hier gelten lassen, so würde man den juristischen Kunstbegriff, wie ihn das Prozeßrecht sich gestaltet hat, wieder verwischen und zur Wortinterpretation zurückkehren. Zudem wäre es doch dann gar nicht notwendig, mit dem immerhin weiter hergeholten Fall einer Anschlußberufung das Vorhandensein der reformatio in peius im Zivilprozeß zu motivieren: wird doch durch jene Entscheidung, die der Berufung stattgibt, eine Verschlechterung der Lage des Gegners notwendig herbeigeführt, und reformatio in peius würde damit nichts anderes bedeuten als Abänderung des Urteils zu Ungunsten irgend einer Partei! — Daß in der gemeinrechtlichen Literatur über diesen Punkt keine besondere Klarheit herrscht,[2]) erklärt sich ohne weiteres daraus, daß eben der Begriff, den der Ausdruck reformatio in peius decken sollte, noch außerordentlich schwankend war. Zudem ging die Frage in dem wichtigeren und zumeist mit ihr zusammen behandelten Problem nach der notwendigen Gemeinschaft der Appellation und der Adhäsion[3]) unter. — In der

auch der Berufungsbeklagte Berufung eingelegt hat". Obgleich er S. 24 zu § 526 Anm. 2 auf dieses Zitat als die „reformatio in peius" verweist; Gaupp-Stein, Komm. zur ZPO. Bd. 2 S. 48 I 2.

[1]) Vergl. RGZ. Bd. 29 S. 350.

[2]) Vergl. u. a. Bayer, Vorträge ect. S. 1066.

[3]) Vergl. Mehlen a. a. O. § 19. — Danz, Grundsätze des Reichsger.-Prozesses § 44. — Dagegen Gönner a. a. O. S. 165 f. — Hoch, Entwicklung der Lehre von der akzessorischen Appellations-Adhäsion.

modernen Literatur hingegen, mit ihren in dieser Beziehung genau fixierten begrifflichen Voraussetzungen, muß die Annahme einer reformatio in peius im Falle der Anschlußberufung verwundern. Richtig meint hinsichtlich dieser Frage schon *Sartorius,*[1]) „daß es auf Antrag des Appellaten aber gegen den Appellanten zu reformieren, ebenso ganz in der Ordnung und gewöhnlich sei, als die reformatorischen Urteile gegen den Appellaten auf des Appellanten Ansuchen. Das Erfordernis des Erkennens von Amtswegen, sowie der daraus fliessende Folgesatz, daß insbesondere eine durch Adhäsion von Seiten des Appellaten veranlaßte Reformation keine eigentliche Reformation in Peius sei, sei bei der Verwirrung der Begriffe in dieser Lehre von großer Wichtigkeit." Daß diese Verwirrung seither nicht sonderlich geklärt ist, mag das obige Beispiel von *Gaupp-Stein* illustrieren.

Natürlich wird man, immer im Hinblick darauf, daß der Begriff der reformatio in peius kein Quellenbegriff ist, jederzeit berechtigt sein, seine Merkmale selbständig zu formulieren. Nur muß eine solche Formulierung dem ganzen Umfang des Begriffes gerecht zu werden versuchen und erlauben, sich konsequent auf sie zu beziehen. — Etwaige Unrichtigkeiten treten dann von selbst zu Tage, wie das die im übrigen ausgezeichneten Darstellungen *Schultzensteins*[2]) zeigen mögen. Schultzenstein faßt die reformatio in peius (was aus der ganzen Abhandlung zu entnehmen ist, da auch er es leider versäumt, den Begriff seiner Arbeit voranzusetzen) ebenfalls als Abänderung einer Entscheidung zu Ungunsten des Beschwerdeführers auf, verzichtet also darauf, das Kriterium „auf sein (des Betroffenen) Verlangen nach reformatio in melius hin" dem Begriff zu unterstellen, und versucht dann konsequent diesen Begriff durchzuführen. Natürlich ist für ihn nun auch zunächst die Anschlußberufung im Zivilprozeß ein Fall, in dem eine reformatio in peius stattfinden kann, und da sich diese Fälle bedenklich mehren, kommt er schließlich notwendiger Weise dahin, den Widerspruch zwischen Verhandlungsmaxime und reformatio in peius zu leugnen.[3]) Für das Straf-

---

[1]) a. a. O. S. 85/86.

[2]) Schultzenstein: Wesen und Grund der Unzulässigkeit einer reformatio in peius, in BuschZ. Bd. 31 S. 1 ff.

[3]) Schultzenstein a. a. O. S. 41.

verfahren folgt aus der Definition, daß alle Fälle, in denen neben dem Angeklagten der Staatsanwalt Berufung einlegt, und in denen seiner Berufung stattgegeben wird, reformationes in peius sind, die reformatio in peius im Strafprozeß also prinzipiell erlaubt und allein für die Fälle verboten ist, wo nur der Angeklagte etc. Berufung etc. einlegt. Hier aber stoßen seine Ausführungen auf Widerstand im Gesetz selbst; denn wäre die reformatio in peius im Strafverfahren prinzipiell erlaubt, so hätte es doch keinen Sinn, daß die §§ 451 Abs. 3 und 457 Abs. 3 das Verbot aufheben. — Desgleich würde daraus, da das Gesetz hier nichts besonderes sagt, ihre Zulässigkeit bei der Beschwerde folgen, was zum mindestens sehr bestreitbar ist.[1]) Im Gegenteil: man wird sagen müssen, daß nicht eine reformatio in peius für den Fall, daß nur der Angeklagte etc. Berufung einlegt, sondern eben die reformatio in peius im Strafprozeß verboten ist.

IV.

Kostenfrage.

Ferner nehmen viele an,[2]) daß in der Verurteilung zu den Kosten des Verfahrens eine reformatio in peius zu sehen sei; und tatsächlich liegt darin ja auch ein Nachteil für den Berufungskläger, den die Einlegung des Rechtsmittels zur Folge hat. Doch wird man der Ansicht, die diesen Nachteil als reformatio in peius bezeichnet, nicht beitreten können. Ganz abgesehen davon, daß im entgegengesetzten Falle ganz allgemein jede Zurückweisung eines Rechtsmittels eine reformatio in peius wäre, muß man doch bedenken, daß die Kostenfrage das Besserungsbegehren des Rechtsmittelklägers garnicht berührt.[3]) „Reformatio" in peius ist „Abänderung" der ersten Entscheidung. Die Entscheidung wird hier aber garnicht abgeändert, sondern aufrecht erhalten.

[1]) Vgl. weiter unten S. 20 ff., Schultzenstein nimmt es allerdings an. (S. 16).

[2]) u. a. Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts S. 737; Gaupp-Stein a. a. O. zu § 536 Bd. 2 S. 48.

[3]) Natürlich nur Frage nach den Kosten, die das Rechtsmittelverfahren verursacht. — Greift er die Kosten-Entscheidung des ersten Verfahrens an, so wäre eine Abänderung zu seinem Nachteil durch die Instanz selbstverständlich eine unzulässige reformatio in peius.

Sobald der Verurteilte Berufung einlegt, erscheint die Möglichkeit der Kostentragung losgelöst von seinem Besserungsbegehren und ist in diesem Sinne als eine über dem speziellen Willen der Parteien und außerhalb der zu prüfenden Rechtsfrage liegende Voraussetzung für das Tätigwerden des Gerichtsapparates überhaupt zu denken. Der Zusammenhang, der zwischen der einheitlich ergehenden Entscheidung über die Haupt- und Kostenfrage insofern sich zeigt, als die Verteilung dieser Kosten von der Hauptentscheidung abhängt, ist keine „Abänderung", sondern eine Folge der Aufrechterhaltung der ersten Entscheidung durch die Instanz. Das Ergebnis nur ist für den Rechtsmittelkläger hier „in peius"; die Voraussetzung aber keine „reformatio". Wollte man aber das Resultat, die Lage des Berufungsklägers allein für eine reformatio in peius maßgeblich sein lassen, so müßte man eine solche auch schon in einer eventuellen Ordnungsstrafe wegen Ungebühr sehen. Denn daß über die Kosten im Urteil selbst, über eine eventuelle Ordnungsstrafe aber durch besonderen Gerichtsbeschluß entschieden wird, ist für die Lage des Betroffenen schließlich gleichgiltig.

V.

Prozessvoraussetzungen.

Konnte man zur Ablehnung einer reformatio in peius in Bezug auf Anschlußberufung und Kosten ohne weiteres in logischer Uebereinstimmung mit den Hauptgrundsätzen der Verfahrensart gelangen, so wird die Frage nach ihrem Vorhandensein außerordentlich schwierig und bestritten in Bezug auf die Prozeßvoraussetzungen. Natürlich gilt das nur insoweit, als diese Voraussetzungen von Amtswegen zu berücksichtigen sind, sich also als Durchbrechungen des Verhandlungsprinzipes darstellen und somit erst den Rahmen schaffen, innerhalb dessen die Möglichkeiten für eine reformatio in peius erscheinen.

Als solche von Amtswegen zu berücksichtigenden Mängel in den Prozeßvoraussetzungen gelten

1. die Unzuständigkeit des Gerichts (aber nur im Falle des § 40 Abs. 2 ZPO. bei nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen oder ausschließlichem Gerichtsstand),

2. die Unzulässigkeit des Rechtsweges,

3. Mangel der Partei — Prozeßfähigkeit und gesetzlichen Vertretung,

4. mangelnde Vollmacht im Parteiprozeß.

Die Unzuständigkeit des Gerichts kommt für die reformatio in peius nicht in Betracht, da sie, abgesehen von § 340 Abs. 2, in der Instanz nicht von Amtswegen zu berücksichtigen ist.[1]) Für die Annahme, daß unter den übrig bleibenden drei Mängeln[2]) die Unzulässigkeit des Rechtsweges eine bevorrechtigte Stellung genießen soll, läßt sich ein Grund nicht finden.[3]) Die Praxis nimmt hier übereinstimmend an,[4]) daß der Berufungskläger, der etwa zunächst zum Teil obgesiegt hatte, von der Instanz nunmehr auf sein alleiniges Besserungsbegehren hin mit seiner Klage abgewiesen werden und damit über seinen Antrag hinaus ad peius gelangen kann. Man könnte vielleicht noch einwenden, daß eine solche Entscheidung keine „reformatio" des ersten Urteiles bedeute, sondern (ähnlich wie bei den Kosten)[5]) nur ein von der eigentlichen Rechtsfrage abseits liegendes Moment berücksichtige, das mit dem Begehren des Berufungsklägers nichts zu tun habe. Doch wäre diese Konstruktion, die sich bei der Kostenfrage zwanglos und natürlich ergab, hier außerordentlich willkürlich und kaum zu halten. Man wird für diese Fälle vielmehr tatsächlich die Möglichkeit einer zivilprozessualen reformatio in peius anerkennen müssen.

Praktisch dürfte diese Streitfrage nur geringe Bedeutung

[1]) Für die Zulässigkeit des Rechtsweges vergl. § 17 GVG; ferner RGZ. Bd. 17 S. 176, Bd. 22 S. 4; JW., Bd. 99 S. 320; für die Partei- und Prozeßfähigkeit und gesetzliche Vertretung § 56 Abs. 1 ZPO. vergl. ferner für die Revisionsinstanz JW. 98 S. 257[2], 349[5].

[2]) Wie ein großer Teil der Kom.-Literatur meint.

[3]) Vergl. Gaupp-Stein S. 49 Anm. 14. „Warum die Unzulässigkeit des Rechtsweges hier einen Vorzug vor den übrigen ihr sonst durchaus gleichstehenden absoluten Prozeßvoraussetzungen genießen soll (wie RG. 11. Juli 99. JW. 574 und Struckmann-Koch No. 1 annehmen) ist schlechterdings nicht zu verstehen".

[4]) RGZ. Bd. 22 S. 7 Bd. 40 S. 268 Bd. 44 S. 366, Gruchots Betr. Bd. 29 S. 446; JW. 98 S. 96.

[5]) Vergl. S. 10 f.

haben, weil, wie *Seuffert*[1]) sehr richtig sagt, „der Vorsitzende den Berufungsbeklagten auf die Möglichkeit einer Anschließung aufmerksam machen und ihn dadurch veranlassen kann, sich der Berufung anzuschließen“ wodurch eine reformatio in peius also zu vermeiden ist.

VI.

Bedingte Endurteile.

Schließlich wird man noch bei der Frage nach der Möglichkeit einer reformatio in peius im Zivilprozeß die bedingten Endurteile zu betrachten haben.

Um zu der in diesem Zusammenhange ganz besonders auffallenden praktischen und theoretischen Verworrenheit der Lehre einen festen Gesichtswinkel zu finden, wird man gut tun, sich immer wieder auf den absoluten Gegensatz zu besinnen, der zwischen dem Fundamentalprinzip des modernen Zivilprozesses ne eat judex . . . . und der reformatio in peius besteht, und aus dem die prinzipielle Unmöglichkeit einer reformatio in peius im Zivilprozeß folgt. Nur so wird man zwischen Regel und Ausnahme die Grenze finden und zur Frage nach der Berechtigung der reformatio in peius im einzelnen eine feste Stellung einnehmen können.

Diese prinzipielle Unzulässigkeit der reformatio in peius also bringt es mit sich, daß die Voraussetzungen für die Ausnahmefälle von ihrer Unzulässigkeit im Gesetz ausdrücklich gegeben sein müssen, was de lege lata für die Abweichungen in Bezug auf die eben zitierten Prozeßvoraussetzungen auch tatsächlich erfüllt war,[2]) was aber nicht mehr erfüllt ist in Bezug auf eine eventuelle reformatio in peius bei dem bedingten Endurteil. Da es im Rahmen dieser Arbeit weniger darauf ankommt, die zahlreichen verschiedenartigen Gestaltungen der bedingten Endurteile auf die Berechtigung einer eventuellen reformatio in peius hin zu untersuchen, als vielmehr das Prinzip, die Möglichkeit einer solchen überhaupt zu erkennen, so sei den einzelnen praktisch

---

[1]) a. a. O. S. 42.

[2]) Vergl. oben S. 12 Anm. 1.

denkbaren Fällen [1]) das Typische genommen und daraus die Frage formuliert: Können überflüssig gewordene oder unzulässige Eide vom Berufungsrichter ohne Rücksicht auf die eventuell daraus resultierende ungünstigere Position derjenigen Partei, die allein sich des Rechtsmittels bedient hat, abgeändert oder aufgehoben werden? Die Literatur ist in der Beantwortung dieser Frage so wenig übereinstimmend, daß es fast schwer fällt, auch nur Gruppen von „Für" und „Wider" aus der Fülle der Meinungsverschiedenheiten heraus zu erkennen. Die einzelnen Auflagen derselben Werke widersprechen sich sogar,[2]) und leider tut das ganz besonders auch die Praxis des obersten Gerichtshofes.[3])

Man wird, so bedauerlich das Resultat für die Praxis sein mag, nicht umhin können, juristisch, vom Standpunkt der gesetzlichen Berechtigung aus, der Unzulässigkeit einer reformatio in peius in diesen Fällen das Wort zu reden. Und zwar wird man das erstens aus der oben deshalb nochmals herangezogenen Verhandlungsmaxime und sodann aus der Tatsache folgern müssen, daß in der Reichsjustizkommission Anträge, die dahin gingen, eine reformatio in peius hier zu gestatten, gestellt und ausdrück- abgelehnt wurden.[4])

Wenn der Kläger einen Eid zu leisten hat und der bedingt verurteilte Beklagte allein Berufung einlegt, so wird, falls der Eid dem Obergericht überflüssig oder unzulässig erscheint, eine unbedingte Verurteilung des Beklagten, die einwandfrei eine reformatio in peius darstellt, als in direktem Widerspruch mit § 536 Zivilprozeß-Ordnung stehend, aus dem Gesetz in keinem Fall zu rechtfertigen sein. Bedauerlich mag dieses Resultat für die Praxis sein, wenn man bedenkt, daß ihm die Heiligkeit des Eides entgegensteht, die in diesen Fällen angetastet erscheint.

---

[1]) Eine Zusammenstellung aller dieser Fälle unter dem Gesichtspunkt der reformatio in peius findet man am besten in der ausführlichen Abhandlung von Wach: die reformatio in peius bei bedingten Endurteilen in Gruchots Beitr. Bd. 37 S. 465 ff.

[2]) Z. B. Gaupp in den selbst redigierten Ausgaben, im C.B. für R.W. 13 S. 203 gegen Gaupp-Stein 6./7. und 8./9. Aufl. Bd. 2 S. 48 und S. 49.

[3]) RGZ. Bd. 15 S. 212, Bd. 25 S. 431 ff. Bd. 44 S. 366 gegen RGZ. Bd. 29 S. 426; Bd. 49 S. 381 ff. und Gruchots Beitr. Bd. 39 S. 446, Bd. 45 S. 1133.

[4]) Protokolle S. 241 ff.

Doch wird auch hier gelten, daß die praktischen Schwierigkeiten durch die Möglichkeit einer Anschlußberufung gemildert werden.

Im Streben, dieses Resultat zu vermeiden und in der Erkenntnis, daß seine Berechtigung aus den einzelnen Paragraphen ebensowenig, wie aus dem Geiste des Gesetzes anzuzweifeln ist, gelangen besonders *Wach* und, sich teilweise auf ihn berufend, *Schultzenstein,* dahin, die diesem Resultat zu Grunde liegenden Prinzipien der Antragsmaxime und der relativen Rechtskraft anzugreifen.[1]) Dieser Methode, eines schädlichen und unerreichbaren Astes wegen den Baum zu fällen, wird man nicht beitreten können, mag der speziell vorliegende Fall sie noch so sehr herausfordern.

Die Ausführungen Wachs müssen denn auch auf dieser Grundlage gezwungen erscheinen. Seine Beweisführung, allerdings nicht „auf dem bequemen Weg buchstabengläubiger Auslegung" gewonnen, den er bekämpft, vermag trotzdem nicht zu überzeugen. Sie ist im wesentlichen eine deductio ad absurdum. An zahlreichen Beispielen zeigt er die Unhaltbarkeit des Verbotes der reformatio in peius bei Eidesurteilen. Doch sagt er von dieser Beweisführung selbst, daß sie von zweifelhaftem Werte sei. „Harte, schwer zu tragende Folgen einer Auslegung beweisen nicht ihre Unrichtigkeit. Sie beweisen nur, daß, wenn die Auslegung richtig, das Gesetz schlecht ist." Und ob man auch seinen de lege ferenda bedingungslos beitzutretenden Ausführungen mit der größten Bereitwilligkeit folgt, will sich doch zum Schluß ein Widerspruch gegen die zitierte „Selbstkritik" nicht regen. Seine kritischen Darstellungen sind ausgezeichnet; der Beweis der Richtigkeit des Gegenteils aber zersplittert sich in zahlreichen Versuchen, die ihn insgesamt nicht zu erbringen vermögen. „Das Eidesurteil beendige nicht den Prozeß; es beendige ihn auch nicht bedingt. Dem Kläger werde nicht ein durch die Eidesleistung bedingter Anspruch zugesprochen, und es wäre irrig zu denken, daß der Schwurpflichtige sozusagen das Recht erworben habe, durch die Leistung des Eides die unbedingte Verurteilung zu erlangen. Gelange uun das Obergericht zu einer

[1]) Wach a. a. O. S. 478. „Die Berufung auf die Verhandlungsmaxime ist wider das Gesetz. S. 480 „Die relative Rechtskraft ist ein in der Theorie und Praxis fortgeführtes Inventarstück, dessen Echtheit nie geprüft ist."

selbständigen Ueberzeugung in Bezug auf die zu beeidende Tatsache, so käme es auf den Eid nicht mehr an, die Purifikation sei schon eingetreten, die Beendigung bereits entschieden." Und schließlich das Resultat: „Der nach Ansicht des Oberrichters unerhebliche Eid dürfe von amtswegen beseitigt werden (S. 490) § 536 (498) ZPO. fände also auf die Eidesänderung der bedingten Endurteile keine oder nur eine wesentlich beschränkte Anwendung" (S. 491). Dagegen ist zu sagen: freilich hängt die Entscheidung des Gerichts von der Feststellung der zum Eid verstellten Tatsache ab. Das dokumentiert sich in der alternativen Fassung des bedingten Endurteils, durch das der Schwurpflichtige zwar nicht das Recht erwirbt, „durch Eidesleistung die unbedingte Verurteilung zu erlangen" wohl aber, was dem gleich kommt, das Recht, jene Tatsache positiv oder negativ festzustellen, worauf sein Obsiegen oder Unterliegen ipso iure eintritt. Wenn die Instanz ihm nun dieses Recht, ohne daß ein dahingehender Antrag des Gegners vorliegt, nimmt, so wird sich das mit der positiven Vorschrift der §§ 525, 526 ZPO. niemals in Einklang bringen lassen.

Und daß die Eidesanordnung in der Instanz von Amtswegen zu prüfen ist, bleibt auch unbewiesen (S. 490). Da es im Gesetz nicht steht, wird man aus seinen Prinzipien heraus das Gegenteil anzunehmen berechtigt sein.

Unklar erscheint die Begründung *Gaupp-Steins,* der in seinen neuen Auflagen [1]) zu demselben Resultat gelangt. Seine Beweisführung lautet: [2])

„Die Beseitigung eines unzulässigen oder überflüssigen Eides ist ohne Antrag statthaft. Daß in der Reichsjustizkommission Anträge in dieser Richtung gestellt und abgelehnt wurden, ist nicht entscheidend, da der abgelehnte Satz sich aus dem Gesetz ergibt. Denn wenn die Parteien selbst durch ihr Einverständnis nicht erreichen können, daß ein Eid über unerhebliche, bewiesene oder widerlegte Tatsachen auferlegt werde (?), so ist damit die Unerheblichkeit ihrer Anträge in dieser Richtung klargestellt; ganz abgesehen von dem unzweifelhaften Streben der Zivil-Prozeß-Ordnung nach einer Vermeidung überflüssiger Eide".

[1]) Gaupp-Stein 6./7., 8./9. Aufl.
[2]) Derselbe, 8./9. Aufl. Bd. II S. 48.

Das letzte mag richtig sein, natürlich auch nur insoweit nicht positive Gesetzesbestimmungen diesem Streben eine Schranke setzen; die eigentliche Argumentation aber ist unklar. Denn wären die Parteien sich wirklich einig, daß eine unerhebliche oder bewiesene Tatsache durch den Eid darzutun sei, so kann es doch garnicht zum Streit darüber kommen. Die ganze Frage nach der reformatio in peius kann sich doch nur darauf beziehen, daß das Gericht sich in zweiter Instanz mit der Ueberzeugung von der Unerheblichkeit der Tatsachen in Widerspruch setzt zu der Ueberzeugung der schwurpflichtigen Partei. Sodann aber handelt es sich nicht um das „Auferlegen eines unerheblichen", sondern vielmehr um die „Beseitigung eines nach richterlicher Ueberzeugung unerheblich gewordenen" Eides.

Endlich versucht *Planck*[1]) eine Abänderung zum Nachteil des Berufungsklägers für diese Fälle zu legalisieren, indem er nämlich eine stillschweigende Anschlußberufung des Gegners voraussetzt. Doch auch dieser Versuch erscheint nicht gelungen, da eine Berechtigung für jene gewillkürte Voraussetzung nicht einzusehen ist.[2]) [3])

Man wird vielmehr die Meinung aufrecht erhalten müssen, daß die Voraussetzung für die Zulässigkeit einer reformatio in peius bei den bedingten Endurteilen aus dem Gesetz nicht gefolgert werden kann,[4]) ein Resultat, das, was einwandfrei zugestanden sei, das Rechtsgefühl nicht befriedigt und de lege ferenda wohl besonderer Beachtung bedarf.

[1]) Planck, Lehrbuch Bd. II S. 487.

[2]) Vergl. dagegen Wach, Vorträge S. 489.

[3]) Dieselbe Konstruktion Plancks erscheint hingegen ungezwungen und sehr brauchbar für alle Fälle, die „wegen untrennbaren Zusammenhanges aufzuhebender und nicht angefochtener Teile" ein Hinausgehen über die Anträge unvermeidlich machen. Vergl. Gaupp-Stein S. 46. Freilich würde damit keine reformatio in peius, sondern nur eine eventuelle reformatio in melius legalisiert werden! Fälle solcher Art RGZ. Bd. 46 S. 424, Bd. 58 S. 255.

[4]) Konsequent und richtig u. a. Struckmann-Koch a. a. O., v. Kries, Rechtsmittel S. 191 ff., besonders v. Seuffert, Bd. II S. 43 I b, den Schmidt S. 795 Anm. 1 deshalb „wegen formaler Wortinterpretation" angreift, als Begründung für die Richtigkeit seiner hier abweichenden Ansicht aber nur sagt, „daß dieser Beweis schlagend von Wach geliefert sei". S. 795 Anm. 2. Ueber diesen „schlagenden Beweis" vgl. S. 15 f. Im Resultat auch gleich: Fink, Die sog. reformatio in peius bei Eidesurteilen, besonders S. 33.

VII.

Die reformatio in peius in den übrigen Verfahrensarten.

Nun sind natürlich mit dem Zivilprozeß bei weitem nicht alle Prozeßarten und mit ihnen alle Möglichkeiten für eine eventuelle reformatio in peius erschöpfend beleuchtet; doch erübrigt es sich auf die zahlreichen Verfahren der besonderen streitigen und nicht streitigen, reichs- und landesgesetzlich geregelten Gerichtsbarkeit deshalb näher einzugehen, weil sie besonders in Bezug auf die hier nur interessierende reformatio in peius fast insgesamt den Maximen der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit ausdrücklich oder stillschweigend folgen,[1]) eine reformatio in peius also nach ihnen unmöglich oder unzulässig erscheint.[2])

VIII.

Begriffsformulierung der reformatio in peius für das Strafverfahren.

Aus den vorangegangenen Ausführungen folgt also unter Berücksichtigung der wenigen im Kapitel V dargestellten Ausnahmen, daß der Ausdruck reformatio in peius im Sinne des modernen Rechts ein vorwiegend strafprozessualer ist, weil er

---

[1]) Vergl. z. B. Reichsgesetz über die Angel. d f. G. 1898; das preuß. Einkommen- und Ergänzungssteuergesetz von 1891/1893; das preußische Gewerbesteuergesetz von 1893; die verschiedenen Arten des Verwaltungsstreitverfahrens; — die Gerichtsbarkeit in Disziplinarsachen, z. B. Reichsgesetz von 1873 betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten; das Badische Verwaltungsgesetz von 1884 etc. etc.

[2]) Eine Abweichung enthält das Sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juni 1900, welches in § 25 Abs. I eine reformatio in peius ausdrücklich gestattet, allerdings mit der Einschränkung, „wenn dabei ein öffentliches Interesse vorliegt". — Ferner das Bayrische Gesetz über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen vom 8. August 1878, das in Art. 36 Abs. 4 dasselbe ohne eine solche Einschränkung tut. Vgl. darüber Löning, Lehrb. d. deutschen Verwaltungsrechts, § 212 Anm. 2 S. 833. Ueber beide Schultzenstein a. a. O. S. 23 ff. Natürlich vermögen diese beiden Ausnahmen nur den oben dargestellten Regelfall in Bezug auf die reformatio in peius zu bestätigen.

voraussetzt, daß die richterliche Entscheidung vollkommen frei ergeht, ohne an die Parteianträge gebunden zu sein.

Für die Begriffsbestimmung erscheint es zunächst selbstverständlich, daß reformatio sich auf irgendwelche, irgendwen betreffende Entscheidungen bezieht, und es ergibt sich als erste Frage: Welche Entscheidungen gehören hierher? Der größte Teil der Literatur will die Möglichkeit einer reformatio in peius auf Urteile beschränkt wissen. So definieren z. B. *Seuffert* reformatio in peius als „Abänderung [1]) eines Urteils zum Nachteil des Beschwerdeführers," *Kleinfeller* [2]) „Abänderung eines Urteils zum Nachteil derjenigen Partei, in deren Interesse die Läuterung des Urteils erster Instanz angestrebt worden war", *v. Lilienthal* [3]) „Abänderung des ergangenen Urteils zu Ungunsten des Beschuldigten in einer höheren Instanz" etc.

Lohsing [4]) sagt mit Recht, daß diese Definitionen zu eng seien. Freilich mit unzureichender Begründung, wenn er nur darauf hinweist, daß § 451 Abs. 3 St.P.O. das Verbot der reformatio in peius für das Urteil ausdrücklich aufhebt, das infolge rechtzeitigen Einspruchs gegen amtsrichterliche Strafbefehle ergeht, wenn er also nur darauf aufmerksam macht, daß außer Urteilen auch amtsrichterliche Strafbefehle für eine reformatio in peius in Betracht kommen müssen, und daß weiter auch im Falle des § 457 Abs. 3 St.P.O. gegen polizeilichen Strafverfügungen bei denen auf gerichtliche Entscheidung beantragt ist, eine reformatio in peius stattfinden darf.[5])

Vielmehr hängt die Frage, ob die obigen Begriffsbestimmungen ihrer absichtlichen oder unbewußten Einschränkungen wegen zu

---

[1]) Seuffert: reformatio in peius, S. 11.

[2]) Kleinfeller im GerS. S. 580.

[3]) v. Lilienthal in Holtz. R.-Lex. S. 315; zu Seuffert und v. Lilienthal ist zu sagen, daß die Begriffe der „höheren" und „ersten" Instanz in Bezug auf das Wiederaufnahmeverfahren nicht zutreffen.

[4]) Lohsing, Das Verbot der reformatio in peius S. 1 Anm. 2, S. 2, S. 18.

[5]) Es könnte jene Schriftsteller ja nichts hindern, zu sagen, daß in diesen Fällen gar keine reformatio in peius vorliege, was für die Anwendung des Begriffes nur von Vorteil wäre, denn sie könnten nun folgern, „die reformatio in peius im Strafprozeß ist verboten", während Lohsing mit dem weiteren Begriff gezwungen wäre, in diesen und übrigens noch anderen Fällen umständliche Einschränkungen zu machen.

verwerfen sind, von der Stellung ab, die jene Schriftsteller (was zunächst verwundern mag) zu der anderen Frage einnehmen, ob eine reformatio in peius bei der Beschverde verboten oder zulässig sei. Und zwar deshalb: Es kommt natürlich bei einer Begriffsformulierung darauf an, die Merkmale dieses Begriffes so umfassend aufzustellen, daß die Definition alle möglichen Tatbestände einschließt. Nun könnte sehr wohl die Einschränkung: nur für Urteilsabänderungen die reformatio in peius gelten zu lassen, den Zweck haben, (und muß ihn haben, sobald diese Abgrenzung bewußt geschehen ist), alle übrigen Entscheidungen von dem Urteil zu trennen, weil nur diese Urteile ein gemeinsames Merkmal in Bezug auf die reformatio in peius und gegenüber allen übrigen Entscheidungen haben. Das Gemeinsame aber ist die Unzulässigkeit der reformatio in peius in Bezug auf Urteile. Die übrigen Entscheidungen, soweit sie angefochten werden können, z. B. amtsrichterliche Strafbefehle, polizeiliche Strafverfügungen etc., weichen darin ab, rechtfertigen also zweifellos die Absonderung der Urteilsgruppe für den strafrechtlichen Begriff der reformatio in peius unter der einen Voraussetzung, daß eine reformatio in peius bei der Beschwerde statthaft ist, denn die Beschwerde richtet sich gegen Beschlüsse und Verfügungen und nicht gegen Urteile. (§ 346 StrPO.). Ist bei ihr nun eine reformatio in peius tatsächlich zulässig, so könnte die weniger umfassende Definition: reformatio in peius ist die Abänderung von Urteilen, zutreffen; ist sie aber unzulässig, so erscheint jene Beschränkung auf Urteile zu eng.

Positive gesetzliche Vorschriften fehlen hier.

Leider erörtert auch keiner jener Schriftsteller die eventuelle Zulässigkeit der reformatio in peius bei der Beschwerde, wie überhaupt die meisten Kommentare und Lehrbücher zu dieser Frage keine Stellung nehmen. Weil dieselbe aber, wie oben darzulegen versucht wurde, für die Begriffsformulierung nicht unwesentlich ist, sei hier auf sie eingegangen.

Aus dem Schweigen des Gesetzes an dieser Stelle auf die Zulässigkeit der reformatio in peius zu schließen,[1]) erscheint ungerechtfertigt. Das Gegenteil leuchtet vielmehr ein, wenn man an die ausdrückliche Aufhebung des Verbotes der reformatio in

[1]) Wie Rosenfeld: Lehrbuch S. 343 und Schultzenstein a. a. O. S. 16.

peius in den §§ 451 Abs. 3, 457 Abs. 3 und (indirekt) § 263 Abs. 2, denkt. Das einzige, was man der Konstruktion eines prinzipiellen Verbotes der reformatio in peius im Straf-Prozeß entgegenhalten kann, ist der § 462, bei dessen Vorliegen die Praxis annimmt, daß auch ohne ausdrückliche gesetzliche Aufhebung das Verbot nicht gilt.[1]) Doch ist die Folgerung nur gerechtfertigt aus der Stellung des Paragraphen im Sechsten Buch der Strafprozeß-Ordnung und der Aehnlichkeit seiner Voraussetzungen mit den §§ 451 Abs. 3, 457 Abs. 3. Das Prinzip des Verbotes der reformatio in peius vermag dadurch kaum erschüttert, geschweige denn ins Gegenteil umgewandelt zu werden. Genau dieselbe Ueberlegung, die die Entscheidung zu § 462 veranlaßt hat, muß in Bezug auf die Beschwerde dahin führen, den § 351 aus den §§ 398 Abs. 2 und 413 Abs. 2 heraus zu interpretieren. Diese Ansicht wird durch die Motive noch bestätigt, die in Bezug auf die Rechtfertigung der Aufhebung des Verbotes in § 451 Abs. 3 (damals § 379 Abs. 4) sagen „die Vorschrift des § 379 Abs. 4 . . . rechtfertigt sich daraus, daß der Einspruch nicht die Natur eines Rechtsmittels hat und daß deshalb hier der Gesichtspunkt einer reformatio in peius nicht Platz greift.[2]) Der Gesichtspunkt soll also nur bei den Anfechtungen Platz greifen, die die Natur eines Rechtsmittels haben,[3]) — wie die Beschwerde. Und damit natürlich zum Verbot der reformatio in peius führen, — also auch bei der Beschwerde.

Für die Bußklage,[4]) die vielleicht noch zur Entkräftung dieser Schlußfolgerung herangezogen werden könnte, ist heute die Unzulässigkeit der reformatio in peius fast gar nicht mehr bestritten. Die alte Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 15 S. 439 vom 29. April 1887, die dem widersprach, ist durch neuere

---

[1]) Vgl. RGSt. Bd. 7 S. 220, Bd. 8 S. 390; ebenso Keber a. a. O. S. 101.

[2]) Hahn, Motive S. 286.

[3]) Daß der Einspruch hiernach nicht die „Natur eines Rechtsmittels“ haben soll, ist allerdings sehr bestreitbar, für die obige Schlußfolgerung aber unwesentlich. Zweifellos wollen die Motive nur die Gruppe: Einspruch, Antrag auf gerichtliche Entscheidungen gegen polizeiliche Strafverfügungen und (Strafbescheide der Verwaltungsbehörden § 462) der Gruppe: Berufung, Revision und (Beschwerde) gegenüber stellen.

[4]) §§ 444, 445, wo auch die positiven Bestimmungen fehlen, also das „Prinzip“ Platz greift.

ersetzt und korrigiert.[1]) Selbst *Schultzenstein*, obgleich er die prinzipielle Zulässigkeit der reformatio in peius im Strafprozeß vertritt,[2]) gibt das zu. „Unzulässig ist ferner die reformatio in peius bei der Bußklage. — Nach § 445 Abs. 2 StrPO. darf auf einen höheren Betrag der Buße als den beantragten nicht erkannt werden. Es gilt also der Satz: judex ne eat . . . und zwar offenbar im Sinne der Zivilprozeß-Ordnung und mit den in dieser Hinsicht aus ihm gezogenen Folgen, damit auch der, daß in der Rechtsmittelinstanz auf ein Rechtsmittel des Bußklägers hin nicht der Betrag herabgesetzt oder gar die Buße ganz abgesprochen werden darf.“ [3])

Alle diese Gründe sprechen für die Unzulässgkeit der reformatio in peius bei der Beschwerde. Und von diesem Standpunkt aus erscheinen die eben zitierten Begriffsdefinitionen der reformatio in peius in der Tat zu eng. Man muß für die Definition vielmehr den Begriff des Urteils weiter fassen und gelangt zunächst dahin, daß die reformatio in peius nicht „die Abänderung eines Urteils . . . .“ sondern die „Abänderung einer von einer gesetzlich dazu autorisierten Stelle ergangenen Entscheidung . . .“ ist.[4])

Als nächste Frage ergibt sich naturgemäß, worin besteht diese Abänderung? Und der Ausdruck selbst antwortet: In peius, d. h. in einem Nachteil für jemanden. Auch die Lesart „in durius“ ist gebräuchlich.[5]) Und als hätte die Strafprozeß-Ordnung in möglichst getreuer Uebertragung der lateinischen Wendungen beiden Versionen gerecht werden wollen, verbietet sie einmal bei

---

[1]) Vgl. RGSt. in JW. Bd. 29 S. 122, Bd. 29 S. 376.

[2]) Vgl. S. 19 f.

[3]) Vgl. Schultzenstein a. a. O. S. 16; Oetker Gerichtssaal Bd. 66 S. 357; A. M. Keber S. 102.

[4]) Worunter also nicht nur die Entscheidungen des Gerichts, sondern auch diejenigen aller anderen Behörden (z. B. Polizei) fallen, sofern sie nur gesetzlich zu dieser Entscheidung autorisiert sind.

[5]) Der Vollständigkeit halber seien hier auch noch die früher neben „in peius reformare“ gebräuchlichen, dem Kunstausdruck reformatio in peius genau so fernstehenden Wortbildungen „in melius reformare“ Cod. Greg. Lib. III Tit. 6 I 4, hieraus zitiert in der C. vet. cuivisdam iurisconsulti Cap. II, 6 „. . . . . et quod inaequaliter factum esse constiterit in melius reformabit“ und endlich „in deterius reformare“ 1. 3 Cod. de pact. l l, 3 . . „in deterius autem reformare novo pacto non potest obligationem recte constitutam“ . . angeführt.

der Berufung (§ 372 Abs. 2) „in peius“ = „zum Nachteil“ und dann bei Revision und Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 398 Abs. II, 413 Abs. II) „in durius“ = „zu härterer Strafe“ zu reformieren. Da aber im „peius“ der Begriff des „durius“ ja enthalten ist, erscheint es an dieser Stelle, indem man für die Definition einfach den weiteren Begriff „in peius“ = zu Ungunsten heranzieht, überflüssig, zu der verschiedenen Ausdrucksweise der Strafprozeß-Ordnung Stellung zu nehmen, die im kritischen Teil dieser Arbeit noch zur Sprache kommen wird.

Zu wessen Ungunsten kann nun eine solche Abänderung stattfinden? Oder schärfer, da ja nur zwei „Parteien“, Ankläger und Angeklagter in Betracht kommen: ist eine reformatio in peius auch gegenüber[1]) dem anklagenden Staate bezw. Staatsanwalt, als dessen Vertreter möglich? Diese Frage wird zu verneinen sein. Das Ziel des modernen Strafprozesses ist die Erforschung der materiellen Wahrheit. Der dem Staate erwachsende Strafanspruch ist von ihr abhängig. Nun hat jedes Urteil, soweit es nicht mehr angefochten werden kann, die Präsumtion der Wahrheit für sich. Das aber heißt, daß jedes Urteil, gleichgiltig, ob es die Stellung des Angeklagten verbessert oder verschlechtert, dem Staate gegenüber eine reformatio in melius bedeutet. „Wenn der zweite Richter, welcher durch eine Beschwerde des Staatsanwalts mit der Aburteilung einer Sache befaßt wird, zu einem für den Beschuldigten noch günstigeren Resultate gelangt als der erste, so liegt doch dem anklagenden Staate gegenüber keine reformatio in peius vor.“ [2]) Der Staatsanwalt verficht gegen den Angeklagten kein subjektives Privatinteresse (wie der Kläger im Zivilprozeß), das nach seiner allein maßgeblichen persönlichen Ansicht verletzt ist, sondern wird im Interesse der Gesamtheit, des Staates tätig, den er vertritt.[3]) Deshalb kann er auch eine

[1]) Vgl. Bennecke-Beling S. 443 „für die von der Staatsanwaltschaft eingelegten Rechtsmittel ist freilich der Begriff reformatio in peius nicht verwertbar, da für den Staat ein gravamen sowohl in zu großer Milde als auch zu großer Härte liegt“. A. M. Lohsing a. a. O. S. 4 jedoch nicht aus den Prinzipien des Strafprozesses, sondern mit Unrecht lediglich aus den §§ 338 Abs. 2, 344 Abs. 1, 405 heraus.

[2]) Seuffert a. a. O. S. 13. Vgl. auch v. Stemann, Darstellung des preußischen Strafverfahrens Kap. 46 S. 229.

[3]) Vgl. Seuffert S. 12.

Entscheidung nicht nur zum Zwecke einer härteren Bestrafung, sondern auch zum Zwecke einer milderen anfechten (§ 338 Abs. 2).[1]) Und zwar hat er das Recht wieder als Vertreter des Staates und seines lediglich von der Erforschung materieller Wahrheit abhängigen Strafwillens, nicht etwa infolge eines „mandatum praesumtum" des Angeklagten.[2])

Eine reformatio in peius ist also gegenüber dem Staatsanwalt begrifflich ausgeschlossen und nur gegenüber dem Angeklagten denkbar. Freilich wird man für die Begriffsbestimmung der reformatio in peius, korrespondierend mit der als zu eng erkannten „Urteilsabänderung", an Stelle des „Angeklagten" richtiger „zu Gunsten des durch diese Entscheidung Betroffenen" sagen müssen.

Endlich bleibt noch die Frage offen, ob eine reformatio in peius auch dann vorliegt, wenn der Staatsanwalt zu Ungunsten des Angeklagten eine Abänderung der ersten Entscheidung beantragt. Das ist selbstverständlich nicht der Fall; denn obgleich dieses Begriffsmerkmal nicht wie die übrigen schon aus dem Ausdruck an sich folgt, so rechtfertigt es doch die Ueberlegung ohne weiteres, daß im entgegengesetzten Falle in jeder Urteilsänderung zum Nachteile des Angeklagten eine reformatio in peius zu sehen und die Ausgestaltung des Kunstausdrucks damit überhaupt überflüssig gewesen wäre. „Der Nachteil oder das in peius muß dem Appellanten . . . der sich des Rechtsmittels bedient und eine günstigere Entscheidung verlangt hat, zugefügt sein . . . ohne daß der Appellat . . . den Appellationsrichter darum gebeten hat."[3]) Vgl. auch die unmittelbar hierher gehörigen Ausführungen zu der Frage, ob durch die Anschlußberufung im Zivil-Prozeß die Möglichkeit einer reformatio in peius gegeben ist. (Kap. III).

Was dort zu der Stellung der diesbezüglichen zivilistischen Literatur gesagt war, gilt nicht minder von der Strafprozeßliteratur. Die meisten Autoren arbeiten mit einem Begriff, dessen Umfang doch, wie darzulegen versucht wurde, großen Schwankungen unterworfen ist. Da im allgemeinen aber hier für den

---

[1]) Vgl. Binding, Grundriß S. 248 V. Bennecke-Beling a. a. O S. 272 ff.

[2]) Vgl. Binding a. a. O. S. 250, Ullmann, Lehrbuch S. 583.

[3]) Sartorius im ArchZivPrax. a. a O. S. 84/85.

Fall, daß auch der Staatsanwalt Rechtsmittel einlegt, die Möglichkeit einer reformatio in peius als selbstverständlich ausgeschlossen, garnicht diskutiert wird, so kann man wohl annehmen, daß der Begriff unter der stillschweigenden Voraussetzung gebraucht wird, daß er sich nur auf die Rechtsmitteleinlegung des Besserung erhoffenden Angeklagten bezieht. — Der Sprachgebrauch, sämtliche Lehrbücher und Kommentare: „es gilt das Verbot der reformatio in peius" „die reformatio in peius ist verboten" etc. bestätigen diese Annahme.[1]) Es würde in diesem Sinne nun zwar genügen reformatio in peius als „Abänderung . . . . auf das Besserungsbegehren des Betroffenen hin" zu definieren; denn ebensowenig wie im Fall der Anschlußberufung im Zivilprozeß die Abänderung auf die Bitte des Appellanten hin ergeht, tut sie das bei der Berufung des Staatsanwalts im Strafprozeß. Daß also in beiden Fällen keine reformatio in peius vorliegt, würde diese Definition bereits ergeben. Doch um jedem Mißverstehen vorzubeugen, sei noch klarer formuliert: reformatio in peius ist Abänderung eines . . . . zu Ungunsten des Betroffenen auf sein alleiniges oder ein nur zu seinen Gunsten[2]) vorgebrachten Besserungsbegehrens."

Zusammengefaßt ergibt sich damit die folgende Definition:

Reformatio in peius ist die Abänderung einer, von einer gesetzlich dazu autorisierten Stelle ergangenen Entscheidung zu Ungunsten des durch sie Betroffenen auf sein alleiniges oder ein lediglich zu seinen Gunsten vorgebrachtes Besserungsbegehren hin.

---

[1]) Die Formulierungen müßten doch sonst lauten: eine reformatio in peius im Falle daß nur . . . ist verboten etc.

[2]) Von der Saatsanwaltschaft, dem gesetzlichen Vertreter des Angeklagten und dem Ehemann der angeklagten Frau §§ 372, 340.

B.
Geschichte.

IX.
Altgermanischer Prozess.

Die Frage nach der reformatio in peius hängt notwendigerweise von der Möglichkeit einer Urteilsanfechtung überhaupt ab. Diese Möglichkeit ist für den altgermanischen Prozeß vielfach bestritten worden.[1]) Doch zweifellos zu Unrecht. Denn einmal vermögen die Belege für diese Ansicht nicht zu überzeugen.[2]) und dann stehen diesen Belegen eine erdrückende Anzahl von anderen Zeugnissen entgegen, die die Möglichkeit einer Urteilsanfechtung im alten germanischen Prozeß vollauf rechtfertigen und somit auch die Frage nach einer reformatio in peius gestatten.

Natürlich wird man bei diesen geschichtlichen Ausführungen sowohl für die Rechtsmittel, als auch für die reformatio in peius nicht die aus den Prinzipien des modernen Prozeßrechts geschöpften Begriffskriterien zu Grunde legen dürfen, sondern wird

---

[1]) Vgl. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. I § 80, bes. Biener, Abhandl. Bd. II S. 166, dessen Ausführungen Walther: die Rechtsmittel im Strafverfahren, Abt. I S. 6 ff. entgegentritt.

[2]) Bieners drei Quellen für die Unzulässigkeit einer Urteilsschelte in Kriminalsachen: Sachsenspiegel II, 12; die deutsche Glosse zum Sachsenspiegel II, 11; Reichsabschied von Augsburg 1530 § 95 und die KGO. von 1555 Teil II Titel 28 § 5, die Walther a. a. O. S. 8 und 9 widerlegt, kommen auch, wie man vielleicht noch hinzufügen könnte, als relative Spätschöpfungen gegenüber den leges barbarorum und Kapitularien, die die Anfechtung ausdrücklich gestatten, erst in zweiter Linie in Betracht.

sich vielmehr auf die Hauptmerkmale beider Begriffe beschränken und Modifikationen nach den jeweils gehandhabten Verfahrungsregeln ins Auge fassen müssen.

Gerade beim altgermanischen Prozeß ist das notwendig. Die römische Vorstellung von der Appellation als einer an eine obere Instanz gerichteten Beschwerde über eine Entscheidung des Unterrichters, ist dem altgermanischen Verfahren ganz fremd.

Die „Oberhöfe“ kamen erst in spätkarolingischer Zeit auf und von einer eigentlichen „Appellation“ kann man wohl überhaupt nicht vor der Rezeption sprechen.[1])

Für den Germanen ist es vielmehr bezeichnend, daß er sich der Autorität eines Richterspruches nicht fügte, die Ueberzeugung von der Unrichtigkeit dieses Spruches auch nicht von der Entscheidung einer übergeordneten Instanz abhängig machen wollte, sondern das falsche Urteil einfach als eine persönliche Kränkung durch den „Urteilsfinder“ auffaßte,[2]) der er „persönlich“, d. h. mit der Waffe entgegentrat.[3]) Das „Anfechten“ des Urteils richtete sich also direkt gegen den ersten Richter bezw. die Schöffen. Dieses Angreifen des Urteils hieß Schelten, früher noch „reclamare“ oder „blasphemare iudicium“, später „blasmer le faux jugement“, während „appellare“ in den älteren Quellen in der gleichen Bedeutung von „accusare“ gebraucht wird.[4]) Natürlich war dem germanischen Recht demzufolge auch der Begriff der „Rechtskraft“ fremd. „Jedes Urteil konnte selbst nach der Vollziehung angefochten werden (L. Visig. II 1 § 23): „Completis prius quae per iudicium statuta sunt, sciat sibi apud audentiam principis appellare iudicium esse permissum . . . a quibus (sc. iudice vel sacerdote) aliter quam veritas habuit

[1]) Vgl. Hulshoff: De appellandi facultate, p. 41—84, der eine Appellation an die Könige annimmt. Doch beziehen sich die hierfür zitierten Kapitularienstellen (p. 64) entweder auf die Urteilsschelte oder auf Beschwerden wegen Rechtsverweigerung; wie auch Walther a. a. O. S. 11 hervorhebt.

[2]) Maurer: Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens, S. 192 Anm. 3: Die Möglichkeit eines aus Irrtum gefällten falschen Erkenntnisses gilt . . . . . den älteren germanischen Rechten für nicht vorhanden“.

[3]) J. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, S. 865, vgl. auch seine Vorrede zu Thomas: der Oberhof zu Frankfurt a/M. Walther a. a. O. S. 18 f.

[4]) Vgl. Klenze: Lehrbuch des Strafverfahrens, S. 159 f.; Walther a. a. O. S. 7, woselbst die Belege hierfür ausführlich zitiert sind.

iudicatum est." „Sogar Verträge der Parteien, ein Urteil nicht anzufechten, waren verboten (L. Visig. II 1 § 27").[1])

Aus dieser Charakterisierung des altgermanischen Prozesses ergibt sich bereits die Unmöglichkeit einer reformatio in peius im Sinne des modernen Rechts ohne weiteres. Was ihr aber vielleicht nahe kommt, der Verurteilte, der zu Unrecht ein Urteil für falsch erklärt hatte, mußte eine Geldstrafe zahlen.[2]) L. Salica LX § 2: „Si vero Rachimburgi illi legem dixerint et ille, contra quem dixerunt, eis contra dicat et hoc sustinere noluerit, eos enim contra legem judicasse sibi putat; et id comprobare non poterit, unicuique de septem Rachimburgis solidos XV solvat", ebenso L. Ripuraria 55; L. Alamanorüm XVI § 3 (XII solidos); L. Baiuvariorum II 18; L. Burgundionum Addit. I Tit. 3 § 1. Aus diesen Bußen, die auf der einen Seite den Reklamanten tatsächlich ad peius gelangen ließen, kann man andererseits folgern, daß eine Abänderung des Urteils selbst in peius nicht stattfand, da die Bußen in einem härteren Urteil ja schon enthalten, also überflüssig gewesen wären.

Was nun die später (etwa seit den Karolingern) auftauchende Einrichtung der „Oberhöfe", das „Ziehen des Urteils an eine andere Hand" (das übrigens für Mörder, Ehebrecher, Giftmischer, Aufrührer etc. überhaupt untersagt war),[3]) so ist dabei nicht an die römisch-rechtliche Appellation zu denken,[4]) sondern der „Comes", der „Missus" oder der „König" saßen auch jetzt noch, wie früher, als Richter der ersten Instanz (insoferne dieses Wort bei dem Mangel einer zweiten Instanz überhaupt gebraucht werden kann) zu Gericht, verhielten sich nicht wie Ober- und Unterrichter zu einander. „Der höhere Richter war ein dem Urheber des gescholtenen Urteils als Urteilsfinder völlig gleichstehender

[1]) Klenze a. a. O. S. 160.

[2]) Man muß dabei bedenken, daß die Strafe fast regelmäßig eine Geldstrafe war, womit freilich nicht gesagt ist, daß die auf des Verurteilten Schelte eventuell in peius erfolgende Erhöhung dieser Strafe als reformatio des ersten Urteils anzusehen und daraus wieder die Zulässigkeit der reformatio in peius hier gefolgert werden darf. Nur das Resultat sieht einer solchen ähnlich.

[3]) Vgl. Weber a. a. O. S. 13

[4]) Vgl. Planck: Die Lehre vom Beweisurteil, S. 22 ff.

Schöffe".[1]) Es bleibt also beim „Schelten" des Urteils mit der eventuell daraus folgenden Geldstrafe; der Gedanke an die dem Wesen einer solchen Anfechtungsweise fremden reformatio in peius ist den Quellen nicht zu entnehmen.

X.

Attischer Prozess.

Auch dem attischen Strafverfahren ist eine reformatio in peius unbekannt gewesen; und zwar schon aus dem Grunde, weil hier das Volk selbst in der Regel das Urteil sprach,[2]) und damit eine Appellationsinstanz die in peius hätte reformieren können, überhaupt fehlte.[3]) „Deshalb sind auch die Vorschläge des Platon (leg. IX p. 855/56) und Hippodamus (bei Arstot. polit. II C. 5), welcher letzte eine wirkliche Revisionsinstanz verlangte,[4]) erklärlich".[5])

XI.

Römischer Prozess.

Für das römische Recht führten die leges Valeriae Horatiae (449) die provocatio ad populum ein, um die Gewalt der Konsuln zu beschränken: „ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis romani animadvertere iniussu populi.[6]) Vorher vertrat die staatliche Kriminalhoheit, wie in Griechenland das Volk, so in Rom der König in erster und letzter Instanz. Appellation und

---

[1]) Walther a. a. O. S. 23/24; vgl. Grimm, Altertümer, S. 836; Rogge: Ueber das Gerichtswesen der Germanen, S. 88 ff.

[2]) Durch die das Volk repräsentierenden jährlich ausgelosten Heliasten vergl. Meier-Schömann: Attischer Prozeß, S. 125 und S. 766 ff.

[3]) Nur gegen die Urteile anderer Richter konnte an die Heliasten appelliert werden. Die Nullitäts- oder Restitutionsklage war auch im Heliastenprozeß möglich. Vergl. Meier-Schömann S. 753 ff., bes. 758. „Kam man mit dem angewandten Rechtsmittel nicht durch, so blieb das frühere Urteil in Kraft", woraus man schließen darf, daß eine reformatio in peius nicht gebräuchlich war. Doch nimmt Meier-Schömann eine Buße für den Fall der Aufrechterhaltung des ersten Urteils an.

[4]) „Er richtete aber auch ein Hauptgericht ein, vor das alle Prozesse gebracht werden sollten, die nicht gut entschieden zu sein schienen".

[5]) Klenze a. a. O. S. 155.

[6]) Pomponius 1. 2 § 16 Dig. 1, 2.

damit eventuell eine reformatio in peius waren in der Regel also unmöglich.[1]) Die einzige dieser Ansicht entgegenstehende Nachricht ist die des *Livius*[2]) von der Appellation des Schwestermörders Horatius, die zur Aufhebung des Todesurteils führte. Doch wird dieser Fall im allgemeinen als eine durch die besonderen Umstände (Horatius kehrte als Sieger der Curiatier heim; die Provokation geschah auf Anraten des Königs Tullus selbst!) herbeigeführte Ausnahme angesehen.[3])

Aber selbst nach der Einführung jener Provokation und der sich wohl langsam daraus entwickelnden Appellation,[4]) scheint eine reformatio in peius dem Prozeßrecht zunächst noch unbekannt geblieben zu sein und zwar bis auf *Justinian,* nach dessen eigenem Zeugnis in der Appellationsinstanz nur diejenigen Beschwerden berücksichtigt wurden, welche dem Appellanten zugefügt worden waren, und um deren Beseitigung derselbe ausdrücklich gebeten hatte. Mochte das vorige Urteil noch so beschwerend für den Appellaten sein, und mochte er dieses vielleicht auch bei den Verhandlungen (als Adhaerent) vorgebracht und nachgewiesen haben, so war eine Abänderung zu Gunsten desselben nicht zu erwarten. Daher sprach sich der Appellationsrichter immer bestimmt aus, ob die Beschwerdeführung des Appellanten (die Appellation) rechtlich begründet oder nicht begründet (iusta vel iniusta) sei (l. 122 § 5 Dig. 45 1; l. 24 pr. Dig. 49, 1; l. 2 pr. Dig. 49, 4 l. 6 pr. C. 7, 62) und das neue Erkenntnis konnte nur entweder bestätigend oder abändernd zum Vorteile des Appellanten ausfallen; bestätigend nämlich bei einer appellatio iniusta, abändernd in des Appellanten Interesse bei einer appellatio iusta. Ein noch bestimmteres und ausdrückliches Verbot der reformatio in peius wäre unter dergleichen Umständen vollkommen überflüssig gewesen und aus dem Mangel desselben läßt sich auf nichts weniger als auf die stillschweigende Gestattung der reformatio in peius ein Schluß ziehen.“[5])

[1]) Vergl. Geib a. a. O. S. 155 f
[2]) Livius hist. lib. I C. 16.
[3]) Weber a. a. O. S. 4 f.; Geib a. a. O. S. 156; Walther a. a. O. S. 2.
[4]) Vgl. Geib S. 160.
[5]) Sartorius a. a. O. S. 98 f.

Ferner mag als Beweis dafür, daß vor *Justinian* eine reformatio in peius dem römischen Prozeß unbekannt gewesen ist, noch die ebenfalls bei *Sartorius*,[1]) auf dessen erschöpfende historische Darstellung der reformatio in peius in Bezug auf das römische Recht nur immer wieder hingewiesen werden kann, als Zeugnis hierfür zitierte Codexstelle angeführt sein: 1. 39 C. de Appell. et consult. 7, 62. — Hier sagt Justinian selbst, daß „nach altem Herkommen der Appellat, wenn er nicht auch Berufung eingelegt hatte, eine Abänderung des ersten Urteils zu seinen Ungunsten bisher nicht erwarten konnte."

Seit Justinian aber darf man annehmen, daß bis auf einzelne namentlich gekennzeichnete Verbrechensfälle, bei denen eine Appellation überhaupt untersagt war,[2]) eine reformatio in peius stattfinden konnte. Die eben zitierte Stelle 1. 39 C. de appell. et consult. besagt es. Wegen des Streites, der sich an ihre Auslegung geknüpft hat, sei sie hier wiedergegeben.

„Ampliorem providentiam subjectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes inveniunt, antiquam observationem emendamus, quum in appellationem auditoriis is solus post sententiam judicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte, quae haec non fecisset, sententiam sequi, qualiscunque fuisset, compellenda. Sancimus itaque, si appellator semel in iudicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversatorium eius, si quid judicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri praesidium, sin autem absens fuerit, nihilo minus judicem per suum vigorem eius partes adimplere".

Aus diesen Sätzen wird man zweifellos die Anfänge, den Grundbegriff der modernen reformatio peius zu erkennen vermögen. Ausdrücklich wird hier darauf hingewiesen, daß „selbst bei Anwesenheit des Appellaten der Richter von Amtswegen

---

[1]) Sartorius, S. 91.

[2]) „Unwürdig der Appellation hielt das Gesetz bloß die, deren schleunige Bestrafung die Wohlfahrt des Staates erheischte, worunter berühmte Räuber, Aufruhrstifter, Fraktionshäupter, ja sogar, wenn die Vollziehung der Strafe nicht ohne Gefahr aufgeschoben werden konnte, Hochverräter gerechnet wurden. 1. 16 Dig. 49, 1; 1. 6 § 9 Dig. 28, 3; 1. 86 § 1 Dig. 29, 2; ferner Mörder, Giftmischer, Zauberer, Ehebrecher, Münzverfälscher, 1. 2. C 7, 65" Weber a. a. O. S. 7 ff.

dessen Interesse zu vertreten habe",[1]) d. h. der Richter durfte, mußte gegebenenfalls aus sich heraus, ohne daß der Appellat darum gebeten hatte, auf des Appellanten alleinige Berufung,[2]) das Urteil doch zu seinen Ungunsten abändern, in peius reformieren.[3])

Arnold[4]) und *Sartorius*[5]) wollen in dieser Stelle den Begriff der reformatio in peius nicht wieder erkennen. Es sei für den Begriff der reformatio in peius notwendig, daß die Abänderung des Urteils auf das Besserungsbegehren des Verurteilten hin stattfinde. Nach dieser Codexstelle aber ergeht das etwa in peius abändernde Urteil des Richters nicht auf das Verlangen des Appellanten hin, sondern auf Grund der Entgegnungen des Appellaten. Wäre dieser nicht anwesend, so habe der Richter von Amtswegen dessen „partes adimplere". Er habe in diesem Fall also die Doppelrolle: Partei und Richter zu spielen. Erst lege er als „gesetzlicher Vertreter" des abwesenden Appellaten sozusagen Berufung für diesen ein und erst und immer nur auf Grund dieser „Berufung" ergehe dann die etwaige Abänderung zu Ungunsten des ersten Berufungsklägers. — Diese Beweisführungen erscheinen vom Standpunkt des modernen Rechts aus absolut zutreffend. Vom Standpunkt einer historischen Betrachtung aber aus, wo es lediglich darauf ankommen kann, einen Begriff an der Hand seiner, im Geiste der verschiedenen Kulturepochen wesentlichen Merkmale und nicht unter der engen Voraussetzung sämtlicher, bei einer allgemeinen Betrachtung relativ nebensächlicher Momente zurückzuverfolgen,[6]) dürfte diese subtile Konstruktion, die natürlich zu dem Resultat gelangen muß, daß der Begriff der reformatio in peius dem römischen Recht ganz fremd war, nicht gerechtfertigt sein. Immerhin, da

[1]) Ueber dieses „partes adimplere" vergl. Sartorius a. a. O. S. 314 ff.

[2]) Die Appellation wurde durch diese Vorschrift zu einem Rechte „beider Parteien in beiden" vergl. l. 1 Dig. 49, 9 Die Schranke, welche vorher dem Richter die Möglichkeit, in peius zu reformieren verschloß, hierdurch eben gehoben.

[3]) Ebenso Geib a. a. O. S. 519 und Walther S. 6.

[4]) Arnold im ArchZivPrax. Bd. 28 S. 73 f.

[5]) Vgl. die Ausführungen am Anfang dieses geschichtlichen Abschnittes S. 26.

[6]) Zachariae: Handbuch des Deutschen Strafprozesses Bd. 2 S. 659 Anm. 14.

die hier vertretene Ansicht nur von methodischen Verschiedenheiten, nicht von dem Nachweis logisch-kritischer Fehler des Gegners hervorgerufen ist, wird der Streit über die Frage, ob im römischen Recht eines reformatio in peius zu finden ist, endgültig vermutlich mit dem vorhandenen Quellenmaterial nie zu lösen sein.

Abzulehnen ist dagegen die Argumentation *Zachariaes*[1]) der, indem er aus jener Stelle den Passus „quum in . . bis auxilium" herausgreift, zu der Folgerung kommt, daß es sich aus ihr „auf das unzweideutigste ergebe, daß eine Sentenz nur zum Vorteil des Appellanten abgeändert werden konnte." Nähert sich diese Ansicht auch im Resultat der von *Sartorius,*[2]) so wird es doch immer unzulässig sein, einen Satz aus seinem organischen Zusammenhang loszulösen und als Beleg für eine Ansicht zu gebrauchen, die unter Berücksichtigung der folgenden Zeilen sich nur schwer verteidigen ließe.[3])

Gegenüber dieser Stelle haben die übrigen etwa noch zum Nachweise des Vorhandenseins einer reformatio in peius im römischen Recht herangezogenen Zitate l. 10 C. 7, 64; l. 5 § 4 C. 7, 65; Nov. 49 pr. Cap. 1; nov. 126 Cap. 2 gar keine (l. 5 § 4 C. 7, 63), oder nur so geringe Beweiskraft, daß ein näheres Eingehen auf sie sich erübrigen dürfte.[4])

Uebrigens ist nicht zu übersehen, daß jene Codexstelle sich nur auf das Zivilrecht bezieht. Doch da das Appellationsverfahren in Kriminalsachen dem in Zivilsachen „durchaus ähnlich war",[5]) wird man beim Schweigen der Quellen annehmen dürfen, daß auch die Appellation in Kriminalsachen (soweit eine solche überhaupt gestattet war)[6]) zu einer reformatio in peius führen konnte.

[1]) Zachariae: Handbuch des Deutschen Strafprozesses, Bd. 2 S. 659 Anm. 14.

[2]) Sartorius a. a. O. S. 318.

[3]) So u. a. Sartorius S. 100. Was Thode a. a. O. S. 54 zu der Betrachtung veranlaßt, daß die Stelle l. 29 C. 7, 62 „keineswegs ein allgemeines Verbot der reformatio in peius aufstelle" ist nicht recht einzusehen. Von dem Verbot ist hier doch garnicht die Rede und auch Zachariae, auf den er damit vielleicht zielen könnte, schließt aus der Stelle nicht auf das Verbot, sondern auf die Nichtexistenz der reformatio in peius im römischen Recht.

[4]) Sartorius interpretiert sie ausführlich S. 92—97 und S. 100—108.

[5]) Vergl. Klenze a. a. O. S. 155 f.; Walther a. a. O. S. 4 f.

[6]) Vergl. S. 31 Anm. 2.

Diese Ansicht wird auch durch eine Mitteilung des Ammianus Marcellinus unterstützt, in der es heißt, daß ein gewisser Lollianus gegen die Strafentscheidung eines Präfekten beim Kaiser Provokation einlegte, dabei aber vom Regen in die Traufe kam, indem er nämlich vom Kaiser zum Tode verurteilt wurde.[1])

XII.

Kanonischer und gemeiner Prozess.

Im kanonischen Recht finden sich direkt keine Bestimmungen, die auf eine reformatio in peius hindeuten.[2]) Appellationen waren seit der Ausbildung eines Instanzenzuges, besonders der Anerkennung der römischen Vorherrschaft, statthaft. In der afrikanischen Kirche kommt die Provokation schon im vierten Jahrhundert vor (c. 37 C. II qu. 6).[3]) Die Appellation, die anfangs im weitesten Umfange erlaubt war, wurde später, etwa seit dem 12. Jahrhundert, ganz in der Weise des römischen Rechts beschränkt.[4]) Ueberhaupt entsprachen die Appellationsvorschriften des kanonischen Rechts vollkommen denen des römischen Prozesses.[5]) Wenn *Klenze*[6]) als Singularität des kanonischen Rechtes den Ausschluß der Appellation bei Disziplinarvergehen anführt, so widerspricht dem l. 3 C. 7, 65.

Aus dieser Gleichheit wird man folgern dürfen, daß also auch hier der Oberrichter „als Stellvertreter des etwa abwesenden Appellaten“ oder auf die einfache Gegenrede des Appellaten hin, eine nur vom Appellanten angefochtene Entscheidung gegebenenfalls in peius reformieren konnte.

---

[1]) Ammianus Marcellinus: rerum gestarum libri qui supersunt, Bd. 2 S. 130/31. Seuffert nimmt a. a. O. S. 31 Anm. 68 an, daß es sich dabei um ein unmittelbares Anrufen der kaiserlichen Entscheidung, also garnicht um zwei Urteile handele. Diese Auffassung widerlegt aber Keber a. a. O. S. 60/61 überzeugend.

[2]) Vergl. Walther S. 36 f.; Hülshoff a. a. O. S. 138 ff.; Klenze a. a. O. S. 158 f.; Müller, Lexikon des Kirchenrechts S. 76 ff. unter „Appellation“.

[3]) Vgl. Klenze S. 158.

[4]) Vergl. Walther S. 36 und Text S. 31 Anm. 2; ferner Weber a. a. O. S. 11 f.

[5]) Walther S. 37 und die dort Zitierten.

[6]) Klenze a. a. O. S. 159.

Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. 1532 hat die Berufung überhaupt nicht angenommen. Auch nicht ausdrücklich verboten zwar, wie der Entwurf von 1529 (im Gegensatz übrigens zu dem ersten Entwurf von 1521, der die Appellation gestattete); doch kann man aus diesem Stillschweigen kaum, wie z. B. *Kress*,[1]) folgern, „daß eben durch dieses Schweigen die Sache, um die an vielen Orten hergebrachte Berufung in Kriminalsachen nicht zu mißbilligen, ohne Entscheidung gelassen worden" danach also indirekt erlaubt sei. Dem widersprechen der Reichsabschied von 1530 § 95 und die Reichskammergerichtsordnung von 1555 Teil II Tit. 31 § 14, die beide ausdrücklich, wie der Entwurf der C.C.C. von 1529 die Berufung verwerfen.[2])

Für das Zivilrecht hatte sich durch die gemeinrechtliche Praxis in Deutschland stillschweigend, d. h. ohne daß hervorragende Kontroversen erhalten geblieben wären, die Ansicht, daß ein Urteil auf eine Appellation hin auch in peius reformiert werden könnte, so festgesetzt, daß man sogar in verschiedenen Staaten die eigentlich damit ja unnötige Adhäsion[3]) gesetzlich aufhob.[4]) Die juristische Konstruktion dieser eventuellen Urteilsschärfung auf dem Weg über den „Stellvertreter von amtswegen" verwischte sich damit mehr und mehr und aus *Justinians* Gebot „partes absentis adimplere" wurde jetzt die regelrechte Befugnis zur „reformatio in peius", von deren Zulässigkeit in Zivilsachen Theorie und Praxis um die vorige Jahrhundertwende überzeugt ist. „So wie in bürgerlichen Sachen in der Appellationsinstanz gegen den Appellaten ein schärferes Urteil erfolgen kann. . ."[5]) „Auch in Zivilsachen kann ein härteres Urteil auf die Berufung

---

[1]) Kreß: Kommentar zur C.C.C. Art. CCIXI Kap. 22 § 4 ff.

[2]) Aus dem Projekt der P.H.G.O. von 1529, „wir wollen auch, daß hinführo von den Urtheilen, so nach vermöge unserer H.G.O. gesprochen werden, nicht appelieret oder gewegert, sondern dieselbigen in ihrer Kraft bleiben und ohne einige Appellation vollzogen werden sollen." Vergl. Weber a. a. O. S. 14/16 und Abegg, Lehrbuch S. 322.

[3]) „Die Adhäsion ist weiter nichts als eine durch den Gerichtsgebrauch bestätigte Grille." Claproth a. a. O. Teil II, 23 Tit. 18.

[4]) Vergl. Oeltze: Anleitung zur gerichtlichen Praxis § 302; Linde im ArchZivPrax. Bd. 20 S. 66 ff.; Sartorius a. a. O. S. 336.

[5]) Kleinschrod a. a. O. S. 34.

des Beklagten hin gefället werden".[1]) „Der Oberrichter kann die Sentenz auch zum besten des nicht appellierenden Teiles abändern".[2])

Was aber den Strafprozeß anlangt, so mußte ja erst der Streit um eine Appellation überhaupt entschieden werden, ehe es möglich war, über die Frage einer reformatio in peius nachzudenken.

Carpzow[3]) hatte zwischen inquisitorischen und akkusatorischen Prozessen unterschieden. Für den akkusatorischen Prozeß stellte er die Zulässigkeit der Berufung nach römischen Prinzipien auf,[4]) für den inquisitorischen verwarf er die Appellation ganz,[5]) ersann aber für ihn ein neues Rechtsmittel, die „weitere Verteidigung"[6]) (ulterior defensio).[7]) Aus der Fülle der diesbezüglichen Lehren und trotz der Willkür der Praxis jener Zeit wird man diese Zweiteilung des Verfahrens in Kriminalsachen als die „gemeine Meinung" erkennen dürfen.[8]) *Brunnemann*[9]) und *Ludovici*,[10]) später *Claproth*[11]) und *Danz*[12]) schlossen sich ihr u. a. an. Nur in Bezug auf das Appellationssurrogat der „weiteren Verteidigung" (die übrigens schon in verschiedenen Landesgesetzgebungen, z. B. der preußischen Kriminalordnung von 1717 Tit. 60 §§ 5—7 aufgenommen war) blieb man sich uneinig. Viele hielten an der alten Inappellabilität der Strafentscheidungen des Inquisitions-

[1]) Weber a. a. O. S. 104.

[2]) Mehlen a. a. O. S. 24; dagegen Bayl a. a. O. S. 63/64.

[3]) Carpzow: novae practicae rerum criminalium, p. III quaest. 139.

[4]) Derselbe a. a. O. quaest. 139 § 13.

[5]) Was zu dem bekannten Streit mit Oldekop: Contra Benedictum Carpzovium J. C. tractatus duo, Veranlassung gab. Vergl. §§ 35, 36.

[6]) Carpzow a. a. O. quaest. 139, 37; vgl. Biener, Beiträge S. 174.

[7]) „Es läßt sich nicht mit Bestimmtheit behaupten, daß Carpzow der Erfinder dieses Rechtsmittels gewesen, wenn auch die von ihm angeführten Präjudizien aus dem Jahre 1630 sind;" Walther a. a. O. S. 42 Anm. 1.

[8]) Gegen diese Zweiteilung zuerst Gönner: Handbuch a. a. O. 3. Bd. S. 285/87.

[9]) Brunnemann: Tractatus jurid. de inquisitionis process. Cap. 8 § 12.

[10]) Ludovici: Einleitung zum peinlichen Prozeß. Cap. 8 § 12.

[11]) Claproth: Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß § 358.

[12]) Danz: Grundriß des gemeinen, ordentlichen bürgerlichen Prozesses.

verfahrens fest,[1]) viele wieder knüpften an *Oldekop*[2]) an und forderten also die Appellation auch für den Untersuchungsprozeß.[3]) Diese Ansicht gewann bald die Oberhand,[4]) sodaß man sagen kann, daß die Periode der gemeinrechtlichen Praxis mit einem Sieg der Appellation auf der ganzen Linie schließt.

Aus diesem kursorischen Ueberblick, der die Verworrenheit darzustellen versucht, die in Theorie und Praxis in Bezug auf die Appellationen in jener Zeit herrschte, kann man ohne weiteres entnehmen, daß die Lehre von der reformatio in peius damals keiner einheitlichen Würdigung unterlag, geschweige denn, daß die Frage nach ihrer Zulässigkeit prinzipiell gelöst erschien. Man ist in dieser Beziehung vielmehr auf die widersprechenden Meinungen der verschiedensten Schrifsteller angewiesen und endlich auf das tatsächliche Material, wie es sich in den einzelnen Landesgesetzgebungen, die nunmehr langsam zu dieser Frage Stellung zu nehmen begannen, vorfindet. Jedenfalls dürfte es nicht gerechtfertigt sein, die Zulässigkeit der reformatio in peius im Inquisitionsprozeß schlechthin zu konstatieren, wie z. B. *Thode* a. a. O. S. 55 ohne Belege und *Keber* a. a. O. S. 63/64 mit Bezugnahme auf *Mittermaier,* der Bd. 2 S. 624 ausdrücklich hervorhebt, daß „sich aus den Gesetzen des gemeinen Rechts keine bestimmte Ansicht ableiten lasse", im folgenden aber sogar eine Anzahl Gründe anführt, die gegen die Zulässigkeit einer reformatio in peius sprechen. Auch *Zachariae*, den *Keber* a. a. O. ebenfalls zum Beweise seiner Meinung heranzieht, nimmt einen prinzipiellen Standpunkt gewiß nicht ein, wenn er sagt: „daß auch auf die

---

[1]) z. B. noch 1802 Kleinschrod in seinem „Entwurf eines peinlichen Gesetzbuchs für die Kurpfalzbayrischen Staaten" 2. Teil Abt. 2 Cap. 7 § 2739 S. 428; Pufendorf a. a. O. S. 131 VI; Steiger: vermischte Aufsätze 1909 handelt noch um diese Zeit in seinem zweiten Kapitel S. 5 ff. von der Revision des Grundsatzes der Praxis, „daß in peinlichen Sachen die Berufung nicht statthabe."

[2]) Vergl. S. 36 Anm. 5.

[3]) z. B. Leyser a. a. O. spec. 655 und 666; vergl. auch Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Bd. 3, 2. Abt. § 780.

[4]) Vergl. Grolmann: Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft §§ 518, 691, 825 und Feuerbach, Lehrbuch des in Deutschland geltenden peinlichen Prozesses §§ 620, 643; Weber a. a. O. S. 1 ff.; Martin, Lehrbuch des Strafprozesses § 156; auch in der Praxis: vgl. Hülshoff a. a. O. S. 94 ff.

vom Angeschuldigten ergriffene Berufung eine Abänderung des Erkenntnisses zu seinem Nachteile erfolgen könne, war eine durch das Interesse der Gerechtigkeit kolorierte theoretische Willkür.“ [1]) Und wenn endlich *Martin*, den Keber als letzten anführt, sagt: „das Verfahren ist wenigsens im Inquisitionsprozeß durch seine Einseitigkeit ausgezeichnet, daher Abänderungen in peius hier weniger Bedenken haben“,[2]) so ist das umgekehrt gerade richtig. Denn „daß die Grundnatur dieser Prozeßart eine reformatio in peius nicht vertrug, ist unzweifelhaft“.[3])

XIII.

Die Literatur.

Als einer der ersten [4]) trat 1780 *Leyser*[5]) für das Verbot der reformatio in peius ein, indem er in der med. „quodsi judex, de questione habenda interloquens, futuram poenam jam determinavit judex secundus duriorem poenam, etsi promeritam decernere nequit“ den Satz braucht „non poteramus vero sententiam in deterius mutare“ [6]) (S. 218).

---

[1]) Zachariae a. a. O. Bd. 2 S. 581.

[2]) Martin a. a. O. S. 324.

[3]) Keber selbst a. a. O. S. 63.

[4]) Diese Vermutung wird dadurch gerechtfertigt, daß die gesamte Literatur, die sich plötzlich mit der reformatio in peius zu befassen beginnt, immer für oder gegen ihn Stellung nimmt. Ein Jahr vor ihm, 1779, hatte schon Püttmann a. a. O. S. 482 § 974 den Satz aufgestellt: „Quomodocumque autem fuerit absolutus sententia semel legitime publicata statim in rem iudicatam transit, nec appellatio alliudue remedium contra eam locum inuenerit“ allerdings ohne eine Begründung auch nur zu versuchen. Koch a. a. O. (1770) hingegen, den Bauer, Abhandlungen a. a. O. S. 385 Anm. a und Zachariae a. a. O. Bd. 2 S. 662 Anm. 24 als Verteidiger des Verbotes der reformatio in peius zitierten, nimmt zu dem Problem insbesondere in dem von beiden angeführten § 903 seines Werkes keine Stellung. Ebensowenig Böhmer: Excercit. ad. pand. tom V No. 87: de sententias in rem iudicatem non transeuntibus und Meister: Principia iuris criminalis, obgleich auch diese beiden Zachariae a. a. O. zitiert. Westphal, Das Kriminalrecht, endlich spricht in der 161. Anm. nur aus, was Püttmann a. a. O. sagt, daß nämlich ein lossprechendes Erkenntnis sogleich rechtskräftig wird, woraus das Verbot der reformatio in peius noch nicht ohne weiteres hervorgeht.

[5]) Leyser a. a. O. spec. 639 med. 7.

[6]) Es muß zugegeben werden, daß Leyser, der sich dabei lediglich auf l. 45 Dig. 42, 1 stützt, in seiner Begründung außerordentlich unvorsichtig ist.

Die außerordentliche Beachtung, die *Leyser* fand, beweist, wie groß das Bedürfnis jener Zeit war, zu diesem Problem endlich Stellung zu nehmen. Freilich war es zunächst mehr Anfechtung als Anerkennung, die er erfuhr. Besonders durch *Kleinschrod*,[1]) der die Frage der Zulässigkeit der reformatio in peius aufgriff und ausführt: „*Leyser* verneint diese Frage aus dem Grunde, weil durch das erste Urtheil schon der Verurtheilte ein ius quaesitum auf die geringere Strafe erworben habe, welches man ihm nicht entziehen könne. Aber ich kann dieser Meinung nicht beystimmen, denn eben dadurch, daß der Verurtheilte gegen das Urtheil Vertheidigung sucht, erkennt er das Urtheil nicht an, also kann er auch daraus kein ius quaesitum erwerben. Vielmehr ist durch die Vertheidigung das ganze Urtheil suspendiert und der Richter, welcher nach geführter Vertheidigung zu erkennen hat, spricht im Grunde, als wenn noch kein Urtheil erlassen wäre. Freylich ist die Absicht des Verurtheilten, durch die Vertheidigung eine gelindere Strafe zu erwirken. Aber auf diese Absicht kommt es nicht an . . . . Also muß er auch wagen, wie das künftige Urtheil ausfällt. So, wie in bürgerlichen Sachen in der Appellationsinstanz gegen den Appellanten ein schärferes Urtheil erfolgen kann, wenn es die Umstände mit sich bringen, so kann auch in peinlichen Fällen das Urtheil geschärft werden, wenn gegen dasselbe eine Vertheidigung ist geführt worden, und der neue Richter findet, daß die Strafe des ersten Urtheils zu gering ist bestimmt worden.“ In ähnlicher Weise tritt *Weber*[2]) gegen *Leyser* für die Zulässigkeit der reformatio in peius ein. Auch *Gönner* (1802), der das Verbot verteidigt,[3]) vermag es de lege lata noch nicht anzuerkennen, sondern kommt vielmehr zum Resultat,[4]) daß die notwendige Appellationsgemeinschaft eine reformatio in peius zuläßt. Schon *Stübel* aber (1811) scheint gar keinen Zweifel mehr an der allgemeinen Anerkennung des Verbotes zu hegen. Er verteidigt es gar nicht mehr, er begründet es nur noch:[5])

Jene Digestenstelle vermag das Verbot der reformatio in peius jedenfalls nicht zu halten.

[1]) Kleinschrod a. a. O. § 7 S. 33 f.

[2]) Weber a. a. O. S. 164.

[3]) Gönner a. a. O. Bd. 3 S. 149 allerdings nur für das Zivilrecht.

[4]) Gönner S. 150.

[5]) Stübel a. a. O. Bd. 5 S. 279 f. § 292.

„Daß auf geführte Defension ein Criminalurtheil nicht geschärft werden kann, ist keine willkührliche Begünstigung des Inkulpaten. Da jedes Criminalurtheil, insofern es freysprechend ist, sogleich mit der Publikation desselben rechtskräftig wird, und eine Entscheidung, welche der Rechtskraft eines Urtheils widerspricht, nichtig ist, so würde jede Schärfung eines bereits publizierten Urtheils nichtig und mithin ungültig sein. Und wenn auch ein Inkulpat gegen ein Urtheil eine Defension führt, so widerspricht er demselben dennoch nur insofern, inwiefern es nicht freysprechend ist und ihn nicht begünstigt. In wieweit es freysprechend ist, stehet also der Rechtskraft desselben auch das von einem Inkulpaten gebrauchte Rechtsmittel nicht entgegen."

Daß die Lehre vom Verbot der reformatio in peius in diesen und den folgenden Jahren mehr Anhänger gefunden zu haben scheint, läßt die Verteidigung ihrer Zulässigkeit wiederum, durch *Tittmann* aus dem Jahre 1824 vermuten. Er sagt nämlich:[1] „Man hat noch immer als eine Hauptregel für die Abfassung eines Strafurtheils behauptet (!), daß ein zweites nicht auf eine härtere Strafe (nicht in durius) erkennen könne, als das erste erkannt hatte. Allein diese Behauptung, über die man mehr nachgesprochen als nachgedacht hat, ist weder in Gesetzen gegründet, noch vor der Vernunft zu rechtfertigen, weil diese Gerechtigkeit der Strafe fordert, sie sey nun hart oder gelinde." „Insonderheit müsse das Gericht in peius reformieren können, wenn eine unvollständige Untersuchung voraus gegangen war . . . Ebenso müssen Verbrechen, die im ersten Urtheile übergangen waren, im zweiten berücksichtigt werden." In demselben Jahre erweist *Bayl*[2] die Unzulässigkeit einer Schärfung des Urteils bei der von Seiten des Kondemmierten ergriffenen Berufung zunächst aus den Gesetzen, um alsdann das Verbot der reformatio in peius „als die einzig wahre, von jeder künftigen Legislation zu befolgende Maxime zu rechtfertigen." Dagegen weiß wiederum *Bauer*[3] von einem solchen Verbote (1835) nichts „die Erkenntnisse können wenigstens im Untersuchungsprozeß im Interesse der Gerechtigkeit auch zum Nachtheile desjenigen, von dem sie

[1] Tittmann a. a. O. Bd. 3 S. 618/619.
[2] Bayl a. a. O. S. 61 bis 69 (zit. S. 66).
[3] Bauer a. a. O. D. 345.

angefochten wurden, abgeändert werden." „Diese früherhin (!) allerdings verbreitete Ansicht vom Verbot der reformatio in peius" — schreibt derselbe 1842 in seinen Abhandlungen [1]) „stehe mit den Grundsätzen des Strafprozesses in Widerspruch und beruhe auf gänzlich unhaltbaren Gründen."

Das mag genügen, um die vorangestellte Behauptung zu rechtfertigen, daß durch die Literatur jener Zeit die eine reformatio in peius betreffendenden Fragen keine einheitliche Deutung, kaum eine Klärung erfahren haben. Besonders was das Problem ihrer eventuellen Zulässigkeit anlangt, ist die Stellungnahme der Literatur generaliter zu betrachten absolut unmöglich. Ansicht steht gegen Ansicht in diametralem Gegensatz, und jede dieser Ansichten wieder stützt sich auf „römische Quellen", „Herkommen" und „Vernunftgründe".

XIV.

Die Partikularrechte vor der Reichs-Strafprozessordnung.

Will man das Prinzip erkennen, das in dieser Beziehung die Rechtsprechung in Deutschland vor der reichsgesetzlichen Kodifikation von 1877 beherrschte, so wird man die einschlägigen Bestimmungen der verschiedenen Landesgesetze ins Auge fassen müssen und hierbei allerdings sehen, daß das Verbot der reformatio in peius fast durchgängig zur Anerkennung gelangt war.[2])

Preußen: hatte sich in der alten Kriminalordnung von 1717 „vornehmlich an die durch *Carpzow* festgestellte Praxis angeschlossen,[3]) darin das Rechtsmittel der weiteren Verteidigung angenommen [4]) und dasselbe auch in der Kriminalordnung von 1805 §§ 517 bis 533 beibehalten".

[1]) Bauer: Abhandlungen aus dem Strafrecht und dem Strafprozeß Bd. 2 S. 385.

[2]) Vergl. für die folgenden Ausführungen besonders Sundelin: Sammlung der neuen deutschen Gesetze über Gerichtsverfassung und Strafverfahren und die Zusammenstellung von Bluhme: Quellen und Literatur des in Deutschland geltenden Strafprozeßrechts. Beide Werke sind im Text als Belegstellen für die Partikularrechte, für deren größten Teil sie in Betracht kommen, nicht jedesmal von neuem zitiert.

[3]) v. Stemann a. a. O. S. 3.

[4]) vgl. S. 36.

Durch Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen (§ 126) aber durch die Appellation ersetzt. Von einer reformatio in peius enthalten weder diese Verordnung noch auch das Gesetz vom 3. Mai 1852, die Zusätze zu dieser Verordnung betreffend, irgend welche Bestimmungen. Es blieb also § 528 der C.O. von 1805 in Kraft. — Dieser § 258 sagt in Bezug auf die reformatio in peius:

> „bei Abfassung des Erkenntnisses hat der Appellationsrichter die Beurteilung in der Regel nur darauf einzuschränken: ob Gründe vorhanden sind, welche eine Freisprechung oder eine Herabsetzung der in der ersten Instanz erkannten Strafe zur Folge haben können . . . .“

Leider läßt diese Fassung: „in der Regel“ den weitesten Spielraum für die Interpretation, die denn auch nicht versäumt hat, das Gesetz für ihre persönliche Stellung zu diesem Punkte zu verwerten. Für die einen folgt daraus das absolute Verbot der reformatio in peius,[1]) für andere das Verbot nur in Bezug auf die Strafschärfung,[2]) und wieder andere entnehmen ihm die Zulässigkeit einer reformatio in peius.[3]) Zweifellos wird man aus dem zitierten § 528 aber schließen dürfen, daß nach ihm die reformatio in peius eher ver- als geboten war,[4]) daß man in diesem Paragraphen „dem Oberrichter kein Schärfungsrecht geben wollte“.[5])

---

[1]) z. B. v. Stemann a. a. O. S. 230: „eine reformatio in peius ist in jeglicher Form unzulässig . . . Die Appellation des Angeklagten erfolgt allemal in der Absicht eine gänzliche Befreiung von der Strafe, oder doch eine Milderung derselben zu erlangen, hierin stimmt sie mit dem früheren nach der K.O. giltigen Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung überein, und wie bei diesem die reformatio in peius ausgeschlossen war (§ 528), so würde sie auch der Natur unserer heutigen Appellation des Angeklagten widersprechen.“ Auch die evtl. Verweisung ans Schwurgericht, eine schwerere Qualifikation der Tat und eine Vernichtung des Urteils zum Nachteil des Angeklagten läßt er nicht gelten. — Vergl. auch Goltd. Arch. Bd. 4 S. 69 f.

[2]) z. B. Bauer: Abhandlungen a. a. O. S. 385 Anm. 6.

[3]) z. B. Thode: a. a. O. S. 58.

[4]) Auch das preußische Ober-Tribunal vertrat diese Ansicht von der Unzulässigkeit der reformatio in peius, wie aus den zahlreichen in Goltd. Arch. abgedruckten Urteilen zu ersehen ist. — Vergl. z. B. Bd. 4 S. 858, S. 69—82, 545, 679.

[5]) Mittermaier a. a. O Bd. II S. 623 Anm. 23.

Die Straf-Prozeßordnung, die für die 1866 zu Preußen gekommenen Gebiete im Juni 1867 publiziert wurde, enthielt das Verbot der reformatio in peius ausdrücklich in § 368 Abs. 3:

> „Ein Urtheil, das nur von dem Angeklagten angefochten worden ist, behält zu seinen Gunsten die Wirkung, daß ihm in keinem anderen Urtheile in derselben Sache eine Strafe auferlegt werden kann, welche die in jenem Erkenntnisse festgesetzte der Art oder Höhe nach überschreitet".

Bayern: Nach dem Strafgesetzbuch von 1813 Teil 2 Art. 375 war eine reformatio in peius zunächst zulässig,[1]) insbesondere auch der „Vorstand des Strafkollegiums, wenn er das gefällte Urteil für rechtswidrig gelinde hielt, befugt, Rechtsmittel zu ergreifen". (Art. 369).[2]) Jedoch verbot die Straf-Prozeßordnung vom 10. Oktober 1848 Art. 338: „das Urtheil des Kreis- und Stadtgerichts (später Bezirksgerichts) kann auf die Berufung des Verurteilten nicht zu dessen Nachteil abgeändert werden". Auch diese Fassung war, — ähnlich der des § 528 der Preußischen C.O. von 1805 — nicht besonders glücklich. Der zweite Absatz des Artikels gestattete nämlich, „daß der Staatsanwalt Berufung einlegen könnte, um zu mildern" und natürlich folgerte man, daß das Verbot sich auf diesen Fall, der ja keine „Berufung des Verurteilten war" nicht bezöge, wodurch das Verbot erheblich eingeschränkt wurde.[3])[4])

[1]) Vgl. Zachariae a. a. O. Bd. 2 S. 581, Anm. 11 S. 663 Anm. 26; Mittermaier a. a. O. Bd. 2 S. 523 Anm. 23; Müller a. a. O. S. 189 Anm. 7.

[2]) Mittermaier Bd. 2 S. 620.

[3]) Seuffert S. 53.

[4]) Als eine weitere Einschränkung des Verbotes nimmt Walther a. a. O. S. 114 Anm. 2 an, „daß das Appellationsgericht, wenn sich in der Verhandlung (in zweiter Instanz) Umstände ergeben, zufolge welcher sich die Sache zur Aburteilung durch das Schwurgericht eignet, die Sache an dieses zu verweisen hat." Art. 339 und 321 des Gesetzes. Gegen ihn weist Seuffert a. a. O. S. 61 nach, daß „die materielle Bestimmung des § 338 der Berücksichtigung der formalen des Art. 339 resp. 321 im Wege stehe", diese Einschränkung des Verbots der reformatio in peius also nicht statthaft sei.

Württemberg: Nach dem alten Rekursgesetz von 1821 war eine reformatio in peius erlaubt.[1]) Auch die (provisorisch auf 6 Jahre eingeführte) Straf-Prozeßordnung von 1843 ließ sie zu Art. 395:

„Eine Abänderung des Urteils erster Instanz kann sowohl zum Vorteil als zum Nachteil des Angeschuldigten geschehen. — Doch ist eine letzterem nachteilige Abänderung unstatthaft, wenn ein Vertreter des noch nicht 16 Jahre alten Angeschuldigten wider dessen Willen den Rekurs ergriffen hatt. — Auch kann eine Schärfung bis zur Todesstrafe von dem obersten Gerichte nur durch Stimmeneinhelligkeit beschlossən werden.[2])

Freilich führte nach diesen sechs Jahren dann das Gesetz vom August 1849 über die Schwurgerichte durch Art. 223 das Verbot der reformatio in peius ein;[3]) auch für die Wiederaufnahme des Verfahrens (Art. 257 ff.), wobei allerdings „für geringe Uebertretungen noch die Straf-Prozeßordnung von 1843 galt".[4]) Für die Wiederaufnahme des Verfahrens erklärte dann die darauf folgende Straf-Prozeßordnung (April 1868) die reformatio in peius wieder für zulässig (Art. 483), während es im übrigen bei ihrem Verbot blieb (Art. 438, 467).[5])

Sachsen: Verbot einer reformatio in peius sowohl in dem Gesetz: die höheren Justizbehörden und den Instanzenzug in Justizsachen betreffend, vom Januar 1835 § 38 No. 5,[6]) als auch in dem Gesetz: die provisorische Einrichtung des Strafverfahrens bei Preßvergehen und dergleichen betreffend, vom November 1848 § 46 Abs. 2,[7]) als auch in der Straf-Prozeßordnung vom August 1855

---

[1]) Vergl. Hepp: Ueber das Verschärfungsrecht der höheren Strafbehörden in der Zeitschr. f. deutsch. Strafvert. Bd. II S. 279. Ueber das Rekursgesetz vergl. die dort S. 303 ff. zit. Kommissionsberichte zum Entwurf von 1843.

[2]) Zachariae Bd. II S. 663 Anm. 11, S. 623 Anm. 23; Thode S. 54 Anm. *; Keber S. 65.

[3]) Vergl. Planck S. 518 Anm. 13.

[4]) Vergl. Seuffert S. 8 Anm. 26.

[5]) Vergl. Thode S. 57.

[6]) Vergl. Gesetz und Verordnungsblatt für das Kgr. Sachsen 1835 S. 7.

[7]) Vergl. daselbst 1848 S. 315.

(Art. 347/48, 351), als auch in der revidierten Straf-Prozeßordnung vom Oktober 1868 (Art. 351).[1])

Oldenburg. Das Strafgesetzbuch vom November 1814 gestattete im Artikel 859 die reformatio in peius und ließ (ähnlich dem bayrischen Gesetz von 1813 Art. 369) in Art. 852 „den Vorstand des Strafkollegiums Rechtsmittel ergreifen, wenn er das gefällte Urteil für rechtswidrig gelinde hielt.“[2]) In der Strafprozeßordnung vom November 1857 wird das Verbot der reformatio in peius eingeführt, dem Staatsanwalt aber das beneficium adhäsionis gewährt (Art. 413), wodurch praktisch das Verbot so gut wie aufgehoben wird.[3])

Baden. Strafprozeß-Ordnung vom März 1845 § 281;
Gesetz vom Februar 1851 § 110;
Strafprozeßordnung vom Mai 1864 §§ 396, 397.

Alle drei Gesetze stimmen darin überein, daß sie die reformatio in peius prinzipiell verbieten, doch dem Staatsanwalt die Adhäsion gestatten.[4])

Hannover: Das Gesetz vom September 1840 läßt § 37 die reformatio in peius zu. Die Strafprozeßordnung vom November 1850 führt das durch das Anschließungsrecht des Staatsanwalts modifizierte Verbot ein[5]) (Art. 207, 212). Dieser Zustand blieb auch in der revidierten Strafprozeßordnung vom Juni 1859 bestehen (§§ 213 Abs. 3 und 218).

Braunschweig: Die Strafprozeßordnung vom August 1849 enthielt keine Bestimmungen über die reformatio in peius. Doch scheint *Degener*[6]) daraus die Zulässigkeit derselben zu folgern.

[1]) Vergl. Planck a. a. O. S. 518 Anm. 13; Arnold: Unbedingte Unzulässigkeit der reformatio in peius in Strafsachen um GerS. Bd. 10 S. 212 Anm. 2; Goltd. Arch. Bd. 4 1856 S. 73; Thode S. 57.

[2]) Mittermaier Bd. 2 S. 620 Anm. 6.

[3]) Thode S. 57.

[4]) Goltd. Arch. a. a. O. S. 73.

[5]) Vgl. Mittermaier Bd. 2 S. 623 Anm. 23; Zachariae Bd. 2 S. 663 Anm. 26; Arnold im GS. a. a. O. S. 212 Anm. 2; Planck a. a. O. S. 518 Anm. 13; Goltd. Arch. a. a. O. S. 73.

[6]) Vgl. Degener, Die größeren Justizorganisationsgesetze für das Herzogtum Braunschweig Bd. 2 S. 52.

Hessen-Darmstadt. Gesetz vom Oktober 1848 Art. 278 verbietet die reformatio in peius.[1])

Hessen-Nassau. Gesetz vom April 1849 Art. 264, 278 verbietet die reformatio in peius ebenfalls.[2])

Kurhessen erklärte sich zunächst für die Zulässigkeit der reformatio in peius durch die Verordnung vom 19. November 1827 § 3;[3]) führte dann aber durch das Gesetz betr. die Umbildung des Strafverfahrens vom Oktober 1848 § 181 das Verbot ein.[4])

Großherzogtum Hessen. Verbot der reformatio in peius, doch Anschlußrecht des Staatsanwalts, Strafprozeßordnung vom September 1865 Art. 446.[5])

Mecklenburg-Schwerin: Verordnung vom Januar 1856 § 40, ebenfalls Verbot der reformatio in peius, und beneficium adhäsionis des Kriminalfiskal (Staatsanwalts).

Thüringische Staaten und Anhalt: Verbot der reformatio in peius nach Art. 329 der Strafprozeßordnung von 1850.[6])

Sachsen-Altenburg: Ebenfalls Verbot der reformatio in peius nach Art. 284 des Gesetzes vom Februar 1854.[7])

Aus diesem Material ist klar ersichtlich, daß sich die einzelnen Landesgesetzgebungen einheitlicher als die Theorie für das Verbot der reformatio in peius aussprachen. Das vereinzelte Schwanken der Partikularrechte in Bezug auf diese Frage zu

---

[1]) Vgl. Arnold GS. S. 212 Anm. 2; Planck S. 518 Anm. 13; Goltd. Arch. a. a. O.; Thode S. 57.

[2]) Vgl. dieselben nur Thode S. 56.

[3]) Vgl. die Rechtsmittel im Strafverfahren von einem Mitglied des kurhessischen Strafgerichts S. 94 Anm. A.

[4]) Vgl. Goltd. Arch. S. 73; Haeberlin: Sammlung der neuen deutschen Strafprozeßordnungen S. 503.

[5]) Vgl. Thode S. 57.

[6]) Vgl. Arnold GerS. a. a. O. S. 212 Anm. 2, Planck S. 518 Anm. 13.

[7]) Vgl. Arnold a. a. O. S. 212 Anm. 2.

Anfang des vorigen Jahrhunderts hatte um die Mitte desselben und zwar zu Gunsten des Verbotes der reformatio in peius aufgehört, und *Brachvogel*[1]) hat durchaus Recht zu sagen, daß z. Zt. des Zustandekommens der Reichsstrafprozeßordnung die reformatio in peius in fast keiner deutschen Partikulargesetzgebung mehr zugelassen war.[2])

XV.

Die reichsgesetzliche Kodifikation.

Es kann danach also kaum Wunder nehmen, daß dieses Verbot der reformatio in peius auch in die Reichsstrafprozeßordnung aufgenommen, in den Beratungen über diesen Gegenstand im wesentlichen widerspruchslos geblieben und seit dem 1. Oktober 1879 für das deutsche Reich in Kraft ist.

Das Verbot hat seinen unmittelbaren Ausdruck in den §§ 372, 398 Abs. 2 und 413 Abs. 2 der St.P.O. gefunden.

§ 372 sagt in Bezug auf die Berufung

„war das Urteil nur von dem Angeklagten oder zu Gunsten desselben von der Staatsanwaltschaft oder von einer der im § 340[3]) bezeichneten Personen angefochten worden, so darf das Urteil nicht zum Nachteile des Angeklagten abgeändert werden".

§ 398 Abs. 2 in Bezug auf die Revision

„war das Urteil nur von dem Angeklagten oder zu Gunsten desselben von der Staatsanwaltschaft oder von einer der im § 340[3]) bezeichneten Personen angefochten worden, so darf das neue Urteil eine härtere Strafe, als die in dem ersteren erkannte nicht verhängen".

---

[1]) Brachvogel: Die Zulässigkeit der reformatio in peius in der ZStW. Bd. 13 S. 207.

[2]) Thode S. 58 greift Brachvogel der im Text zitierten Worte wegen an. Das vielfach geltende Adhäsionsrecht des Staatsanwalts, auf das er dabei hinweist, widerlegt jedoch Brachvogels Worte nicht, und wenn Thode annimmt, daß in Preußen die Abänderung zum Nachteil schlechthin gestattet war, so dürfte das durchaus irrig sein, vgl. im Text S. 41 ff.

[3]) § 340. „Der gesetzliche Vertreter eines Beschuldigten desgleichen der Ehemann einer beschuldigten Frau . . . . .

Denselben Wortlaut wie § 398 Abs. 2 endlich hat § 413 Abs. 2; nur daß er sich auf die Wiederaufnahme des Verfahrens bezieht. — Die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen, die für den kritischen Teil der Arbeit nicht unwesentlich ist, war kurz die folgende:

Der (eigentlich dritte) Entwurf, der am 29. Oktober 1874 an den Reichstag gelangte, enthielt als § 319 den heutigen § 398, der das Verbot der reformatio in peius für die Revision ausspricht (und als § 343 den heutigen § 413, der dasselbe für das Wiederaufnahmeverfahren tut). In den Motiven zu diesem § 319 (398) heißt es:[1] „in mehreren Gesetzgebungen findet sich für die Nichtigkeitsbeschwerde die Vorschrift, daß, wenn nur der Angeklagte das aufgehobene Urteil angegriffen hatte, die neue Entscheidung in der Sache selbst für ihn keine härtere sein dürfe, als die aufgehobene. Für die Strafprozeß-Ordnung, welche die Unzulässigkeit einer reformatio in peius bei der Nichtigkeitsbeschwerde nicht ausdrücklich spricht, hat man dieselbe auch aus dem Zusammenhange des Gesetzes, namentlich aus den für die Berufung gegebenen Bestimmungen gefolgert. Der Entwurf hat sich diesen Gesetzgebungen angeschlossen. Denn wenn das Verbot der reformatio in peius überhaupt eine Berechtigung hat, wie dies rücksichtlich der Berufung anerkannt wird, dann liegt auch kein haltbarer Grund vor, bei solchen Rechtsmitteln, die nur auf eine Verletzung des Gesetzes gegründet werden können, eine reformatio in peius zuzulassen."

Vom Reichstag wurden die Vorlagen der aus 28 Mitgliedern bestehenden sogenannten Reichstagsjustizkommission überwiesen.

In der ersten Lesung dieser Kommission beantragte nun, von *Struckmann* unterstützt, der Abgeordnete *Thilo* folgenden § m 1 einzufügen:

> „Das aufgehobene Urteil der ersten Instanz behält zu Gunsten des Angeklagten die Wirkung, daß kein anderes Urteil eine härtere Strafe als die in dem ersten erkannte über ihn verhängen darf."

Er führte dazu aus: „Es sei ein kriminalpolitisch anerkannter Grundsatz, daß ein einseitig ergriffenes Rechtsmittel eine reformatio

[1] Hahn: Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung (Stegemann) 1. Abt. S. 260.

in peius zu Ungunsten des Beschwerdeführers nicht zur Folge haben könne. Im § 319 (398) sei dieser Grundsatz für die Revision ausgesprochen, umsomehr empfehle es sich, denselben auch hier. bei der Berufung, auszudrücken, weil sonst aus dem Fehlen einer solchen Bestimmung gefolgert werden könne, obiger Grundsatz gelte bei der Berufung nicht".[1]) Dieser § m 1 wurde angenommen. „Der zweiten Lesung wurden aber von der Kommission nicht die Beschlüsse der ersten Lesung, sondern die vom Abgeordneten *Struckmann* zur zweiten Lesung gestellten Anträge zu Grunde gelegt".[2]) In diesen Anträgen hatte nun Struckmann den diesbezüglichen § o 1 (§ m 1 in der ersten Kommissionslesung) in der Form abgefaßt, wie er diskussionslos zunächst hier,[3]) dann in der zweiten Beratung im Plenum[4]) und endlich auch in der dritten Lesung im Plenum[5]) angenommen und als § 372 der Strafprozeßordnung Gesetz geworden ist.

So gering die Abweichungen der beiden Paragraphen sind, so groß sind doch die Folgen, die durch diese verschiedene Fassung des Verbotes der reformatio in peius hervorgerufen werden.

Doch ehe auf eine Kritik des Verbotes im deutschen Strafprozeß eingegangen werden kann, sollen, was zur allgemeinen Beurteilung des Problems wichtig sein dürfte, ganz kurz die hauptsächlichsten außerdeutschen Gesetzgebungen auf ihre Bestimmungen über die reformatio in peius hin untersucht werden.

XVI.

Die reformatio in peius in dem ausländischen Strafverfahren.

Frankreich. Der Code d'instruction criminelle von 1808 enthält über die reformatio in peius keine bestimmten Vorschriften.[6])

---

[1]) Hahn a. a. O. S. 1019.

[2]) Derselbe a. a. O. S. 1409.

[3]) Derselbe a. a. O. 1414.

[4]) Derselbe a. a. O. 1993.

[5]) Derselbe a. a. O. 2116.

[6]) Vgl. hierüber und über die Frage nach der reformatio in peius im französischen Strafverfahren überhaupt die Ausführungen von Merkel: über das Recht der Berufung in Strafsachen im GerS. Bd. 5 S. 448 bis 499;

Man unterscheidet zwischen Berufung des Angeklagten und Berufung des Staatsanwalts.

In Bezug auf die Berufung des Angeklagten anerkennt Theorie und Praxis das Verbot der reformatio in peius einstimmig [1]) und stützt sich dabei auf einen avis du Conseil d'Etat vom 12. November 1806 [2]) in dem es heißt, „que l'appel du condamné ne peut jamais avoir pour effet d'aggraver sa position". Eine schwerere Qualifikation wird zugelassen „pourvu que la condition de l'appelant ne soit pas aggravée.[3])

Hinsichtlich der Berufung von Seiten des Staatsanwalts unterscheidet man zunächst wieder, ob er sie a minima (scil. poena) ad majorem (zum Nachteil), oder ad mitiorem, oder endlich indéfini (ohne besondere Erklärung) einlegt. Bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts etwa hielt sich diese Unterscheidung aufrecht mit ihrer Folge, daß bei der Berufung a minima nicht ad melius, bei der Berufung ad mitiorem nicht in peius reformiert werden durfte und nur bei dem appell indéfini der Appellationsrichter ganz freie Hand haben sollte.[4]) Heute hat man indessen diese Dreiteilung im Prinzip fallen lassen [5]) und gibt dem „juge

---

Seuffert S. 38 bis 42, Kleinfeller a. a. O. S. 598 f.; Keber a. a. O. S. 74 bis 80, Goltd. Arch. Bd. 13 S. 820 ff.

[1]) Vgl. Dalloz: Répertoire méthodique et alphabétique de Législation de Doctrine et de Jurisprudence, Tome 4 p. 316 No. 355; Morin: Répertoire du droit criminel, Tome 1 p. 174; Trébution: Cours élémentaire du droit criminel, Tome 2 p. 506; Hélie: Traité de l'instruction criminelle, Tome 8 p. 80; Hélie-Depeiges: Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, Partie I p. 355 zu 574. Für die hiermit übereinstimmende Rechtssprechung vgl. Hélie-Depeiges a. a. O. p. 355, 356, der zahlreiche Urteile anführt.

[2]) Abgedruckt bei Hélie a. a. O. Tome 8 p. 75/6.

[3]) Morin a. a. O. Tome 1 p. 172.

[4]) Vgl. Merlin: Questions de droit Tome 5 (appell) § 5 Legraverend: Traité de la législation criminelle en France. Tome 2 p. 402. Bourguignon: Jurisprudence des Codes crimineles. No. 1 Art. 202. Le Sellyer: Traité du droit criminel appliqé etc. Tome 2 No. 436/439. Dalloz a. a. O. Tome 4 p. 3232 No. 323 No. 373; hierselbst auch die diesbezügliche Rechtsprechung.

[5]) Vgl. Dalloz a. a. O. Tome 4 p. 326 No. 382 ff. Morin a. a. O. Tome 1 p. 173: „Il est de principe que l'appell du ministère public qu'il soit ad mitorem ou a minima a le caractère d'un appell indéfini et qu'il investit les juges d'appel du droit de connaitre de l'action toute entière et de la juger". Trébutien a. a. O. Bd. 2 p. 509: „L'effet dévolutif de l'appell du ministère public est aussi complet que possible et il soumet au tribunal d'appell l'action publique

d'appell" somit nach dieser Richtung hin ein unbeschränktes Entscheidungsrecht.

Ob damit nun aber für die Zulässigkeit der reformatio in peius der staatsanwaltliche Appell ganz gleichgültig ist,[1]) oder ob eben nur „en principe l'appell du ministère public est illimité" „il peut être limité a un chef particulier du jugement; dans ce cas la Cour ne peut examiner ler autres" [2]) — das ist bis heute gesetzlich noch nicht festgestellt. Es existiert zwar ein arrêt vom 18. Dezember 1826,[3]) welcher besagt, daß ein Strafurteil seiner Natur nach unteilbar sei; doch wollte man das zur Begründung der Ansicht verwenden, daß auf die Berufung des Staatsanwalts, gleich ob sie für oder gegen den Angeklagten eingelegt ist, eine reformatio in peius zulässig sei, so müßte sie doch konsequenterweise damit auch das Verbot der reformatio in peius für den Fall, daß nur der Angeklagte Berufung einlegt, aufgehoben worden sein.[4]) Das wird aber trotz jenes arrêt von Theorie und Praxis nicht angenommen.[5])

England. Im englischen Strafverfahren, das nur außerordentlich schwer mit den Prozeßarten des übrigen Europa verglichen werden kann,[6]) muß man unterscheiden zwischen leichteren Delikten, die in dem Summary proceedings[7]) (im summarischen Verfahren) ohne Anklage und Jury vom Friedensrichter (meistens

à nouveau, de telle sorte que ce tribunal peut l'apprécier comme s'il n' y avait pas de premier jugement". Hélie a. a. O. Tome 8 p. 87.

[1]) Keber a. a. O. S. 66.

[2]) Hélie-Depeiges a. a. O. Partie I p. 358 No. 576 und Anm. 2; vgl auch die hier angeführten Entscheidungen.

[3]) Vgl. Merkel a. a. O. S. 490 f.

[4]) a. M. Merkel S. 493, der hier zwischen dem Privatinteresse des Angeklagten und dem öffentlichen Interesse des „öffentlichen Ministeriums" unterscheidet.

[5]) Vgl. zu den S. 50 Anm. 1 Zitierten noch besonders Sirey et Malepeyre: zu Art. 202 Anm. 19 p. 295 : „Les juges d'appell ne peuvent aggraver la peine prononcèe par les premiers Juges lors qu'l n'y a eu appell que de la part du prevenu et non de la part du ministère public", und Cass. de 12. nov. 1897 au Bulletin criminel des arrêts de la cour de cassation No. 353; beständige Rechtssprache.

[6]) Vgl. Kleinfeller a. a. O. im GerS. S. 598; Keber S. 66.

[7]) Summary Jurisdiction Acts 1879 (in Kraft seit dem 1. Oktober 1880) 1884 und 1899.

den Magistraten) entschieden worden, und anderen Delikten (indictable offences), die nach „vorangegangener Anklage (indictment) in einem trial by jury entweder den von General or Quarter Sessions (etwa Strafkammern) oder den Assizes (Courts of Oyer and Terminer or General Gaol Delivery“,[1]) abgehalten von den Richtern des hohen Gerichtshofs (etwa Schwurgerichten) oder endlich in Ausnahmefällen vor der King's Bensch Division of High Court of Justice zur Aburteilung gelangen.[2]) Bei der Gruppe dieser letzten indictable offences war eine Berufung bis zum Inkrafttreten des Criminal Appeal Act von 1907 überhaupt nicht gegeben. Nur gegen die Urteile, die im summarischen Verfahren ergingen, konnte Berufung (appeal) bei den General or Quarter Sessions eingelegt werden und auch hier nur unter der Voraussetzung, daß das „betreffende Gesetz, dessen Verletzung verhandelt wird, das Rechtsmittel ausdrücklich gewährt“.[3]) „The Right of Appeal does not lie unless expressly given by statue“.[4])

In Bezug auf eine reformatio in peius in diesem Berufungsverfahren finden sich nun in dem Summary Jurisdiction Act (1879) keine besonderen Bestimmungen. Seite 31 unter No. 5 sagt das Gesetz nur „The court of appeal may adjourn the hearing of appeal, and upon the hearing thereof may confirm reverse or modify the decision of the court of summary jurisdiction“.[5])

Trotz des Fehlens eines solchen ausdrücklichen Verbotes der reformatio in peius „geht seit unvordenklichen Zeiten die constante Praxis dahin, niemals eine von dem ersten Richter erkannte Strafe zu erhöhen“.[6])

Gegen die Urteile, die auf Grund von indictable offences ergingen, gab es, wie oben schon erwähnt, bis 1907 also keine ordentlichen Rechtsmittel. Da man nun aber auf ungesetzlichem

---

[1]) Keber a. a. O. S. 68. Weidlich: Die englische Strafprozeßpraxis und die deutsche Strafprozeßreform S. 1 ff.

[2]) Für London sind die Assizes und Quarter Session zu einem besonderen Gerichtshof, dem Central Criminal Court verschmolzen.

[3]) Keber S. 69.

[4]) Trotter: Appeals from the Convictions and orders of justice S. 2.

[5]) Keber S. 70 f.

[6]) Bromberg: Das Rechtsmittelwesen in England und Schottland S. 9.

Wege zustandegekommene Entscheidungen nicht aufrecht erhalten konnte, halfen hier ein paar veraltete umständliche, unter ganz bestimmten Voraussetzungen nur gegebene Rechtsbehelfe aus, die lediglich zur Entscheidung der Rechtsfrage bestimmt, doch wenigstens die Kassierung des ersten ungesetzlichen Urteils ermöglichten. Die gebräuchlichsten Formen derselben waren der „Writ of Error“ und die „Reserving Questions of Law for the Juges“ (Crown Cases reserved).[1]) Aber auch diesen Verfahrensarten mangelte es an ausdrücklichen Vorschriften, die sich auf eine reformatio in peius bezogen. Auch hier hieß es nur und zwar in Bezug auf die Crown Cases reserved: „The Court may reserve, affirm or amend any judgment which has been given on the indictment or Inquisition on the Trial whereof the question reserved arose“.[2])

Und in Bezug auf den Writ of Error „The High Court is competent for a Court of Error reserving any judgment on any criminal case either to pronounce the proper judgment or to remit the record to the Court below, in order that such judgment may be pronounced“.[3]) „An appeal lies from the judgment of the High Court upon a writ of Error in regard to any error in law apparent upon the record, as to which no question has been reserved for the judges in the Court for Crown Cases Reserved, to the Court of Appeal, and from the decision of the Court of Appeal to the House of Lords“.[4])

---

[1]) Vgl. Stephen: Digest of the law of Criminal Procedure in indictable offences S. 195 ff.; Mittermaier: Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, S. 533 ff.; Glaser: Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im englischen Schwurgerichtsverfahren S. 430 ff.; Gerland: Die englische Gerichtsverfassung Bd. 2 S. 757—767. Stephen: a. a. O. S. 202 nennt als drittes Mittel des Appeal, das motion for a new trial. „Dieses Rechtsmittel bezog sich indessen nur auf misdemeanours und war so gut wie ganz ungebräuchlich. Seine Berücksichtigung erübrigt sich daher Das Motion in arrest of jugement und der Antrag: Venire facias de novo endlich sind gleich dem writ of certiorari nicht zu den gegen Urteile gerichteten Rechtsmitteln zu rechnen und scheiden daher hier ebenfalls von der Erörterung aus“. Keber S. 67. Vgl. am besten die Zusammenstellung bei Bromberg: Rechtsmittelwesen a. a. O. S. 31.

[2]) Stephen a. a. O. S. 200.

[3]) Stephen a. a. O. S. 196.

[4]) Stephen S. 197.

Um nun in Bezug auf die Rechtslage vor 1907 eine positive Stellungnahme zu der Frage der reformatio in peius zu gewinnen, hat Keber sich um Auskunft an den Verfasser des eben zitierten Werkes, an den Reichsrichter *Sir James Fitzjames Stephen,* Mitglied des High Court of Justice, persönlich gewandt. Die Antwort in Bezug auf eine reformatio in peius lautete:[1])

„The only case, which I know of, in which the Reformatio in peius is allowed of in Englich law, is the case dealt with in Digest at pages 196 und 197.[2]) In such cases if proper judgment ought to be Guilty, whereas it is Not Guilty, the Court may order such Judgment to be pronounced, an if the proper judgment would be guilty of felony, whereas it is guilty of misdemeanour the Court may direct a verdict of guilty of felony to be entered".

„Es steht hiernach fest" — fügt *Keber* S. 73 hinzu — „daß in den Fällen des Writ of Error das auf Not Guilty lautende Urteil der Vorinstanz in Guilty, also in peius reformiert werden darf, und daß eine fernere Reformatio in peius zulässig ist, insofern eine in der Vorinstanz des Vergehens (misdemeanour) schuldig erkannte Person von dem Court of Error des Verbrechens (felony) schuldig gesprochen werden kann".

Könnte man aus dieser Mitteilung per argumentum e contrario auch ebenso gut entnehmen, daß in der Regel die reformatio in peius in England verboten, zum mindesten ungebräuchlich gewesen sei, so läßt der Wortlaut des 1907 erschienenen, endlich [3]) die Rechtsmittel in Strafsachen im großen und ganzen vorbehaltslos einführenden Criminal Appael Act über das Erlaubtsein der reformatio in peius keinen Zweifel. Unter Sektion 4 Ziffer 3 gestattet sie dieses Gesetz ausdrücklich bei einem gegen die Höhe des Strafmaßes gerichteten appeal.[4])

Da durch diese gesetzliche Stellungnahme England im scharfen Gegensatz zu sämtlichen übrigen Kulturstaaten tritt, verdient

[1]) Abgedruckt bei Keber a. a. O. S. 73.

[2]) Das ist in den oben zitierten Fällen.

[3]) 25 Mal in den letzten 65 Jahren sind diesbezügliche Gesetzesvorlagen im Parlament eingebracht und von diesem abgelehnt worden. Vgl. Bromberg a. a. O. S. 65.

[4]) Vgl. dazu Jenks: A short History ot Englisch Law. S. 353.

die Zulässigkeit der reformatio in peius hier besonders hervorgehoben zu werden.

Oesterreich: hat vom Anfang des 19. Jahrhunderts an in allen seinen diesbezüglichen Gesetzen konsequent an dem Verbot der reformatio in peius festgehalten. — Das alte Strafgesetzbuch von 1803 bestimmte I § 467: „Niemals darf aber bei Gelegenheit eines Rekurses das Urteil auf eine strengere Behandlung des Rekurrenten abgeändert werden".[1])

Es folgte zunächst die Strafprozeß-Ordnung vom Januar 1850, die in § 386 die reformatio in peius „zum Nachteil" des Angeklagten verbot.[2]) Die Strafprozeßordnung vom Juli 1853 behielt das Verbot mit der Fassung „zum Nachteile" bei, in den §§ 209, 210, 304, 305.[3])

Die geltende Strafprozeßordnung endlich vom Mai 1873 hat das Verbot ebenso aufrecht erhalten für das Berufungs-, Wiederaufnahme-, Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren, §§ 290 Abs. 2; 295 Abs. 2, 359 Abs. 4, 477 Abs. 2. Ebenso gilt das Verbot im Falle der Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz; ausdrücklich allerdings nur, wenn die Zurückverweisung durch den Kassationshof erfolgt, § 293 Abs. 3. Doch wird man bei Zurückverweisung durch das Kollegialgericht erster Instanz als Berufungsgericht an das Bezirksgericht den § 293 Abs. 2 analog anwenden müssen.[4]) In allen zitierten Paragraphen aber bezieht sich das Verbot nur auf eine strengere oder schwere Strafe. Eine schwerere Qualifikation der Tat scheint danach gestattet.[5])

Der Vorentwurf zur Abänderung der Strafprozeßordnung vom

---

[1]) Vgl. allerdings auch § 440; ferner Bauer: Abhandlungen a. a. O S. 385 Anm. b.; Mittermaier a. a. O. Bd. 2 S. 623 Anm. 23; Zachariae a. a. C. Bd. 2 S. 663 Anm. 26.

[2]) Vgl. Lohsing a. a. O. S. 22.

[3]) Vgl. Planck a. a. O. S. 618 Anm 13; Arnold im Ger.-S. a. a. O. S. 212 Anm. 2; Lohsing S. 22.

[4]) Vgl. Mayer: Kommentar zu der österreichischen Strafprozeßordnung von 1873 Teil 3 Bd. 4 S. 716 No. 21; Kleinfeller im GerS. a. a. O. S. 601; Lohsing a. a. O. S. 32.

[5]) Vgl. Mitterbacher: Die Strafprozeßordnung S. 490; Kleinfeller a. a. O. S. 601; Mayer a. a. O. Teil 2 Bd. 3 S. 645 No. 15; a. M. Lohsing S. 21 ff.

November 1909 berührt die hier interessierenden Paragraphen nicht.

Ungarn hat das Verbot der reformatio in peius ebenfalls in seiner Strafprozeßordnung vom Dezember 1896 anerkannt. Vgl. §§ 379 Abs. 4, 387 Abs. 2 430 Abs. 3.[1])

Italien: der Codice di procedura penale vom Juni 1876[2]) verbietet im Artikel 364 Abs. 3 den korrektionellen Gerichten als Berufungsinstanzen die reformatio in peius in Bezug auf Straferhöhung. (Schwerere Qualifikation also nicht ausgeschlossen) Ebenso darf das Gericht die Sache nicht an eine andere Stelle verweisen, falls sich eventuell die sachliche Unzulässigkeit des Einzelrichters, der das angefochtene Urteil ausgesprochen hat herausstellt.

Das gleiche gilt für die Appellhöfe als Berufungsinstanzen nur ist hier eine Verweisung wegen eventueller Unzuständigkeit erlaubt, Art. 419 Abs. 3. Für den Fall der Wiederaufnahme fehlt eine diesbezügliche Bestimmung, die Theorie läßt aber auch hier das Verbot gelten.[3])

Bulgarien: Die Strafprozeßordnung vom April 1897 verbietet die reformatio in peius als Strafschärfung in den Artikeln 548, 383.[4])

Schweiz: Die meisten der kantonalen Strafprozeßgesetze enthalten keine Bestimmungen über die reformatio in peius.[5]) Eine Ausnahme macht die Strafprozeßordnung des Kanton Glarus vom Juli 1857, die in § 184 bestimmt: „Hat nicht der Rat, sondern der Verurteilte appelliert, so kann die erstinstanzliche Straf-

[1]) Vgl. die Uebersetzung, die als Beilageheft von der ZStW. Bd. 19 herausgegeben ist.

[2]) Die seit 1898 betriebenen Reformarbeiten (letzter Entwurf 1911) sehen, relativ unerhebliche Modifikationen ausgenommen, eine prinzipielle Abänderung der geltenden Bestimmungen nicht vor. Vgl. Manzini Manuale di Procedura penale Italiano Bd. 2 S. 745 und Anm. 1 und 2.

[3]) Vgl. Manzini a. a. O. S. 744 bis 746; S. 750 f.; ferner Kleinfeller a. a. O. im GerS. S. 599 bis 601; Borsani e Casorati: Codice di Procedura penale Italiano commentato Bd. 6 S. 303 und 485.

[4]) Vgl. die Uebersetzung in der ZStW. Bd. 22 am Schluß.

[5]) Z. B. die Strafprozeßordnungen vom Argau 1858; Basel 1862; Bern 1854, St. Gallen 1865, Zürich 1851. etc.

sentenz vom Appellations- oder Malifizgericht nicht verschärft werden, ausgenommen den Fall, wo sich infolge einer vom Appellationsgericht angeordneten Vervollständigung des Untersuchs neue beschwerende Umstände gegen den Angeklagten ergeben haben". Also prinzipielles Verbot der reformatio in peius, das jedoch durch die Einschränkungen praktisch wieder aufgehoben wird.[1])

Japan: Die japanische Strafprozeßordnung vom 7. Monat des 13. Jahres des Meiji (Juli 1881) verbietet die reformatio in peius als Straferhöhung bei der Appellation Art. 344 Abs. 2 und 368 (in Bezug auf Uebertretungen und Vergehen). In Bezug auf die Revision enthält sie keine Bestimmung. Was die Wiederaufnahme des Verfahrens anlangt, so läßt Art. 439 Abs. 1 sie ausschließlich zu Gunsten des Verurteilten zu.[2])

Russland: verbietet die reformatio in peius ebenfalls.[3])

Norwegen: Das norwegische Gesetz über das gerichtliche Verfahren vom Juli 1887 (Jury-Gesetz)[4]) verbietet die reformatio in peius bei der Berufung § 297 Abs. 2 und dem Wiederaufnahmeverfahren § 421. Beide Male sind Abänderungen unstatthaft „zum Nachteil" des Angeklagten. Die Reform des Gesetzes vom Mai 1902 läßt diese Regelung unberührt.[5])

Spanien: das etwa noch interessieren könnte, gestattet wohl die reformatio in peius. Wenigstens enthält das Ley de enjuiciamiento criminal vom September 1882 keine entgegenstehenden Bestimmungen.[6])

---

[1]) Vgl. damit die ganz ähnlich liegenden Fälle der alten Bayrischen und Oldenburgischen Strafprozeßgesetze von 1813 bez. 1814.

[2]) Vgl. die anonyme französische Uebersetzung: Code de Procédure criminelle (Tokio 14. Jahr des Meiji, 1882).

[3]) Vgl. Leuthold: Russische Rechtskunde S. 344 (von den Quellen selbst sind Uebersetzungen nicht zu ermitteln).

[4]) Vgl. die deutsche Uebersetzung, die in der Sammlung außer deutscher Strafgesetzbücher von der ZStW. als Bd. 9 herausgegeben ist.

[5]) Vgl. ZStW. Bd. 24 Beilageheft.

[6]) Vgl. die annonyme französische Uebersetzung des Gesetzes (Paris 1898).

C.

Dogmatik und Kritik.

XVII.

Die abweichende Fassung der §§ 372 und 398 Abs. 2, 413 Abs. 2.

Was einer Kritik an den drei Paragraphen 372, 398 Abs. 2, 413 Abs. 2 StrPrO. die augenfälligste Angriffsfläche bietet, ist die voneinander abweichende Form der Gesetzesstellen. Einmal soll unter den dortigen Voraussetzungen nicht in pejus = zum Nachteil, die anderen beiden Male hingegen nur nicht in durius = auf eine härtere Strafe für den Angeklagten erkannt werden.

Nun wird von vielen Schriftstellern und einstimmig von der Praxis, besonders auch der des Reichsgerichts,[1]) die Ansicht vertreten, daß dieser Verschiedenheit keine Bedeutung beizugelegen, vielmehr das „in peius“ des Berufungsparagraphen ganz einfach einzuschränken und als in durius zu interpretieren sei.

Es bleibt absolut unverständlich, wie diese Meinung eine so große Zahl von Anhänger finden konnte, daß man sie heute als die herrschende bezeichnen muß. Sie wird vertreten von

[1]) Vergl. u. a. RGSt. Bd. 9 S. 324; RGRspr. Bd. 5 S. 696 bes. 700 f.; Bd. 8 S. 319.

Thilo,[1]) *Stenglein,*[2]) *v. Kries,*[3]) *Daude,*[4]) *Traub,*[5]) *Dochow,*[6]) *Geyer,*[7]) *Löwe,*[8]) *Bennecke,*[9]) *Süss,*[10]) *Keber,*[11]) *v. Schwarze,*[12]) *Birkmeyer,*[13]) *Rintelen,*[14]) *Hellweg.*[15])

Dagegen beachten den Unterschied der beiden Fassungen *Puchelt,*[16]) *Dorendorf,*[17]) *v. Kries,*[18]) *Binding,*[19]) *Ullmann,*[20]) *Kleinfeller,*[21]) *v. Lilienthal*[22]) und *Thode,*[23]) während schließlich *Bennecke-Beling*[24]) und *Lohsing*[25]) annehmen, daß auch in den §§ 398 Abs. 2 und 413 Abs. die Worte „härtere Strafe" gleich der Vorschrift des § 372 als „Nachteil" zu interpretieren sei. *Oetker*[26]) sieht im § 372 das Verbot härterer Schuldbeurteilung, ohne in eine Deutung der §§ 398 Abs. 2, 414 Abs. 2 einzugehen.

Leider begründet Bennecke-Beling seine diesbezügliche

[1]) Thilo, Strafprozeßordnung zu § 372 Anm. 3 S. 422 f.

[2]) Stenglein, Kommentar zur Strafprozeß-Ordnung, zu § 372 Anm. 3 S. 556.

[3]) v. Kries, Lehrbuch des Strafprozeßrechts S. 644.

[4]) Daude, Kommentar zu § 372 Anm. 62 S. 198.

[5]) Traub, Kommentar zu § 372 Anm. 1 S. 125.

[6]) Dochow, der Reichsstrafprozeß S. 309 Anm. 40.

[7]) Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts S. 813 Nr. 6.

[8]) Löwe, Kommentar zu § 372 Anm. 2 S. 788.

[9]) Bennecke, Lehrbuch des Reichsstrafprozeßrechts S. 749 Nr. 4 a.

[10]) Süß, Stellung der Partei S. 445 Anm. 35.

[11]) Keber a. a. O. S. 107.

[12]) v. Schwarze, Kommentar zu § 372 Anm. 1 S. 517 (allerdings zweifelhaft).

[13]) Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht S. 709 Nr. 2 a.

[14]) Rintelen, der Strafprozeß, S. 313 § 71 6 b.

[15]) Hellweg a. a. O. zu § 372 Anm. 1 S. 347.

[16]) Puchelt, Kommentar zu § 372 Anm. 3 S. 583.

[17]) Dorendorf, Kommentar zu § 372 S. 244.

[18]) v. Kries, Rechtsmittel a. a. O. S. 114.

[19]) Binding, Grundriß a. a. O. S. 249.

[20]) Ullmann a. a. O. S. 599.

[21]) Kleinfeller im GerS. a. a. O. S. 611.

[22]) v. Lilienthal a. a. O. S. 316.

[23]) Thode a. a. O. S. 38.

[24]) Bennecke-Beling a. a. O. S. 444.

[25]) Lohsing a. a. O. S. 12.

[26]) Gött. Gelehrte Anzeigen 1898 S. 602 f.; Gerichtssaal Bd. 65 S. 447 f. (Rezension von Bindings Grundriß).

Stellungnahme mit einem Versehen, wenn er schreibt:[1]) „ein innerer Grund, weshalb die reformatio in peius bei der Berufung gänzlich unzulässig, bei der Revision teilweise zulässig sein soll, ist nicht ersichtlich. Daß der Wortlaut des § 398 nicht urgiert werden darf, ergibt sich schon daraus, daß dieser Paragraph im Gegensatz zu § 372 erst von der Reichstagskommission eingeschoben worden ist. Demnach darf man nicht den § 372 aus dem § 398 erläutern, sondern umgekehrt. Die H.M. stimmt mit dem Vorstehenden darin überein, daß der Umfang des Verbotes der reformatio in peius bei beiden Rechtsmitteln der gleiche sein müsse, zieht aber daraus gerade den dem Vorstehenden entgegengesetzten Schluß, daß die reformatio in peius auch bei der Berufung nur an der Höhe der Strafe zulässig sei . . . .“

Wie in Kap XV dargestellt wurde, ist nun aber nicht § 398, sondern § 372 (wie der ganze Berufsabschnitt) erst von der Reichstagsjustitzkommission eingeschoben worden.

Mit dieser Argumentation schärft *Bennecke-Beling* also nur den Gegnern seiner Ansicht die Waffen. Wäre sie überzeugend, so müßte man tatsächlich „Nachteil“ (in § 372) = „härtere Strafe“ (in § 398, 2) und nicht „härtere Strafe“ in § 398, 2 = „Nachteil“ (in § 372) setzen. Denn die entgegenstehende Meinung stützt sich, methodisch nicht anders als Bennecke-Beling und nur unter richtiger Würdigung der historischen Tatsache, auf denselben Umstand: daß nämlich § 372 später eingeschoben, nur „versehentlich“ eine andere Formulierung als § 398 erhalten habe.[2])

Gegen diese Auffassung spricht zunächst die Tatsache, daß die beiden Paragraphen in ihren Vordersätzen genau übereinstimmen. Das beweist, daß *Struckmann* bei der Formulierung seiner Anträge für die zweite Kommissionslesung, wie das natürlich auch nicht anders anzunehmen ist, die fraglichen Paragraphen verglichen haben muß, und jene Abänderung zweifellos auf Grund besonderer Ueberlegung vorgenommen hat. Nun würde „diese

[1]) Bennecke-Beling a. a. O. S. 592 Anm. 17.

[2]) Lohsing, der sich a. a. O. S. 12 Bennecke-Belings Meinung anschließt, übersieht den historischen Fehler in dessen Beweisführung, und wird dadurch zu folgender Aeußerung (Anm. 2 S. 12) veranlaßt: „Es ist interessant, daß die verschiedenen Ansichten, die Kleinfeller und Beling vertreten, durch Heranziehung der Materialien gewonnen wird; eine deutliche Warnung vor übertriebener Protokollar-Jurisprudenz“. (!)

subjektive Absicht des Antragstellers natürlich vollkommen irrelevant sein, wenn sie eben nicht in den Worten des Gesetzes zur Erscheinung gekommen wäre.[1]) Sodann kann man doch unmöglich annehmen, daß diese auffällige Abweichung der beiden Paragraphen nicht nur nicht von sämtlichen Mitgliedern der Reichstagsjustizkommission bei der letzten Lesung bemerkt worden ist, sondern auch durch zwei Plenarberatungen des Reichstags selbst gegangen sein soll, ohne daß jemand auf diese „versehentliche" Verschiedenheit aufmerksam geworden wäre. Endlich aber spricht gegen eine etwa unbeabsichtigte rein redaktionelle Aenderung der Umstand, daß das „in peius" verglichen mit „in durius" eine alte Kontroverse bildete, die schon lange vor der Reichs-Strafprozeßordnung Gegenstand weitläufiger Diskussion war, und zu der u. a.[2]) auch sogar der damalige Abgeordnete und stellvertretende Vorsitzende der Reichstagsjustizkommission *v. Schwarze* selbst (und zwar schon vor der Konstituierung der Kommission im Januar 1875) Stellung genommen hatte.[3])

Nachdem aus den angeführten Gründen jene Auffassung von einem redaktionellen Versehen haltlos geworden sein dürfte, bleibt für eine einschränkende Interpretation gar kein Raum. Von einer Auslegung kann man doch nur sprechen, wenn die Möglichkeiten für diese oder jene Auffassung in der betreffenden Gesetzesstelle selbst ihre Voraussetzungen haben, sei es nun, daß das Gesetz sich mehrdeutig ausdrückt, oder daß es durch eine Lücke die Analogie herausfordert. Diese Voraussetzungen sind

[1]) Kleinfeller im GerS. a. a. O. S. 603.

[2]) Vgl. Zachariä a. a. O. Bd. 2 (1868) S. 631: „insofern aber der die Unzulässigkeit einer reformatio in peius ausdrückende Satz auch in den neueren Gesetzen jede Abänderung des erstgerichtlichen Erkenntnisses zum Nachteil des Angeklagten in sich schließt, kann er selbstverständlich nicht darauf beschränkt werden, daß keine härtere, höhere Strafe ausgesprochen werden dürfe, sondern ein gleiches muß auch von jeder eine nachteiligere rechtliche Qualifikation aussprechenden Aenderung gelten." Vgl. auch die Entscheidungen des Ober-Tribunals vom 7. Januar 1852 in Goltd. Arch. Bd. 4 S. 71; ferner besonders Loos: über die relative Rechtskraft in Straferkenntnissen etc. in der Allg. deutsch. Strafrechtszeit. Heft 9 Spalte 465 ff.; ferner Goltd. Arch.: Ueber die Ausdehnung des Grundsatzes, daß nicht in peius zu erkennen sei, Bd. 1 S. 321 f., S. 324 f.

[3]) v. Schwarze: Ueber die Stellung des Appellationsrichters etc. im GerS. Bd. 9 S. 453.

aber im § 372 nicht gegeben. Eindeutig sagt derselbe, daß das Urteil nicht „zum Nachteil“ des Angeklagten abgeändert werden darf. Die Frage nach der Berechtigung wird hierbei natürlich ausgeschaltet, und der Einwand, daß der Zweck dieser Abweichung nicht einzusehen sei, ist für die Anwendung der Gesetzesnorm durchaus belanglos. Auch „falsches“ Recht gilt, wenn es auf legalem Wege gesetzt ist. — Wenn man also behauptet, der „Nachteil“ des § 372 bedeute nur ein höheres Strafmaß, so dürfte das überhaupt keine Interpretation mehr, sondern reine Willkür sein. Mit genau eben demselben Recht oder Unrecht könnte man behaupten, daß der Nachteil im § 372 sich nur auf Zuchthausstrafe, oder nur auf eine schwerere Qualifikation der Tat oder sonst irgend ein, dem Begriffe „Nachteil“ zu subsumierendes Merkmal beziehe.

Die Konstatierung des verschiedenen weiten Umfanges der §§ 372 und 398, 413 erscheint demnach als die einzig gerechtfertigte Möglichkeit für die Gesetzesauslegung und Anwendung. Sie wird deshalb auch den nachstehenden Ausführungen zu Grunde zu legen sein.

XVIII.

Der Begriff der härteren Strafe.

Was zunächst den Begriff der „härteren Strafe“ anlangt, so gehört die Bestimmung der Schwere der Strafen zu einander dem materiellen Strafrecht an.[1]) Nach der Art des Strafvollzuges und den evtl. Folgen der Strafe läßt sich nach dem Strafgesetzbuch folgende Anordnung aufstellen:

Todesstrafe
Freiheitsstrafe
Zuchthaus §§ 15, 20, 31
Gefängnis §§ 16, 35
Festungshaft § 17
Haft § 18 (allerdings § 361, 3 bis 8 mit 362)

---

[1]) Vgl. Bennecke a. a. O. S. 748 Anm. 25 v. Kries, Lehrbuch S. 663; Thode S. 23 ff.; Kleinfeller, im GerS. S. 608; Löwe, a. a. O. S. 789 f.; Oetker, Gött. Gel. Anz. a. a. O.; GerS. Bd. 65 S. 448; v. Kries, Rechtsmittel S. 116 f.; Ullmann a. a. O. S. 599.

Geldstrafe

Verweis (nur bei jugendlichen Delinquenten).

Die Buße kommt für den Begriff der „härteren Strafe“ nicht in Betracht, da §§ 188, 231 StGB. sie ausdrücklich neben die Strafen als einen besonderen Nachteil, eine Art privatrechtlichen Schadenersatzes, stellen.[1])

Die obige, aus dem materiellen Recht gewonnene Anordnung läßt jedoch bei näherem Hinsehen in Bezug auf das Verbot der reformatio in peius im Prozeßrecht nur sehr wenig erkennen.

Um das „in peius“ für die §§ 398 und 413 StPO. richtig zu beurteilen, müßte ein konstantes Wertverhältnis zwischen diesen Strafen bestehen. Nun hat zwar das Strafgesetzbuch in den §§ 21, 29 eine bestimmte Proportion zwischen einzelnen Strafen aufgestellt; doch zweifellos nicht in der Absicht, hiermit über gewisse Fälle des Strafrechts hinaus, allgemein giltige Normen festsetzen zu wollen.[2]) Denn zunächst sind es ganz bestimmte Gesichtspunkte, aus denen heraus jene Proportionen für das materielle Recht entstanden sind, Gesichtspunkte, die sich mit den für das Prozeßrecht notwendigen durchaus nicht decken. Die Umwandlungsbestimmungen des materiellen Strafrechts sind sozusagen im Interesse des Staates gegeben, entweder für den Fall der Uneintreibbarkeit einer Geldstrafe oder der Vereinheitlichung konkurrierender Strafarten. Das Verbot der reformatio in peius hingegen berücksichtigt lediglich das Interesse des Angeklagten. Zu einem ganz bestimmten Zweck mußte dort die Härte der verschiedenen Strafen zu einander in ein objektives Verhältnis gesetzt werden, während hier subjektiv, von Fall zu Fall, zu bestimmen ist. Für die analoge Anwendung jener Umwandlungsmethode fehlt absolut die Gleichartigkeit der Gründe, die sie rechtfertigen. — Zudem aber sagt implicite das Straf-

[1]) Vgl. Löwe a. a. O. zu § 445 Anm. 2 S. 878.

[2]) Ebenso v. Kries, Rechtsmittel S. 116: „es fragt sich, ob das Verhältnis der verschiedenen Strafarten, die im Strafgesetzbuch §§ 21, 29 angegebene Proportionen entscheidend sein sollen. Jene Proportion ist aufgestellt als Maßstab bei der Umwandlung der einen Strafe in die andere im Falle der Konkurrenz. Daß dieser Maßstab absolute Bedeutung beansprucht, darf bezweifelt werden“; vgl. auch Bennecke a. a. O. S. 748 Anm. 25; Stenglein a. a. O. zu § 372 Anm. 3 S. 599; a. M. Kleinfeller im GerS. S. 609 f.

gesetzbuch selbst, daß es jene Wertrelation nicht allgemein, sondern nur für die bestimmten, dort angegebenen Voraussetzungen zu Grunde gelegt wissen will, indem es nämlich das Wertverhältnis von Haft zu den übrigen Freiheitsstrafen nicht normiert. Denn diese Umwandlung wird innerhalb seiner Kompetenz (§§ 44, 49, 74, 157, 158) nicht praktisch; und daraus geht deutlich hervor, daß jene Proportionen über das Gesetz, das sie für sich aufstellt, hinaus, keine unbedingte Giltigkeit haben sollen. Der Berufungsrichter wird in gegebenen Fällen den Umwandlungsmaßstab der §§ 21, 29 StGB. unter der Voraussetzung, daß dadurch für den Angeklagten die Strafe keine härtere wird, anwenden können, doch niemals müssen.

Theoretisch erscheint dieses Resultat wenig zu befriedigen, da es gewissermaßen der Willkür das Wort redet; doch einmal ist diese „Willkür" ja auch bei den im materiellen Strafrecht nicht normierten Wertrelationen (Haft zu anderen Freiheitsstrafen, Umwandlung von Nebenstrafen) notwendig, und sodann würde sich die absolute Anerkennung und Uebertragung jener Proportionen auf das Prozeßrecht nur unter so vielen Ausnahmen denken lassen, daß schließlich doch die Willkür das Prinzip jener Umwandlungen darstellen würde.

Schon die Beantwortung der gewichtigsten diesbezüglichen Frage führt das vor Augen: Kann der Revisionsrichter auf Zuchthaus statt auf Gefängnis erkennen? Wäre die Wertrelation des § 21 StGB. maßgeblich, nach der Zuchthaus $^1/_3$ „härter" ist, als Gefängnis, so müßte der Oberrichter bei evtl. schwerer Tatqualifizierung, da er nur keine härtere Strafe aussprechen darf, statt einer dreijährigen Gefängnisstrafe auf zwei Jahre Zuchthaus erkennen dürfen. Denn nach § 21 sind beide Strafen gleich. Das geht natürlich nicht. — Man wird nun geneigt sein, zu folgern: Es gelten die materiellen Vorschriften, doch dürfe niemals die Strafart eine schwerere werden. Nun habe der erste Richter etwa auf 14 Tage Haft erkannt, der Revisionsrichter „mildert" das Urteil nach § 29 StGB. auf 200 M Geldstrafe oder er ändert „mildernd" (nach § 21 zit.) eine Zuchthausstrafe von 4 Jahren auf etwa 7 Jahre Festungshaft ab. In beiden Fällen wird es von der Wohlhabenheit, Lebensstellung etc. des Delinquenten abhängen, ob diese Milderungen keine reformationes in peius

bedeuten. — Sollen diese Fälle nun wiederum als Ausnahmen von den Einschränkungen jener materiellrechtlichen Grundregel konstruiert werden? Wo bleibt da das Prinzip?

Oder soll in diesen Fällen das besondere Interesse des Angeklagten ausgeschaltet und einfach angenommen werden, daß er sich durch eine leichtere Strafart von längerer Dauer (sofern sie nur unter der Maximalgrenze der nach materiellen Recht gefundenen Umwandlungszeit) eben nicht beschwert fühlen dürfe?

Viele wollen deshalb, mit diesem Resultat auch unzufrieden, festsetzen, daß eine Strafschärfung stets in der schwereren Art (auch kürzerer Dauer) und stets in der längeren Dauer (wenn auch milderer Strafart) liege. Das hat dann aber mit einer „Umwandlung" nach materiellem Recht nichts mehr zu tun, sondern ist einfach Substituierung einer milderen Strafart, für die Fälle der §§ 398, 413 StPO. Doch auch dieses „Substituierungsprinzip" hat theoretisch seine Schattenseiten, wenn man bedenkt, daß nach ihm die Abänderung eines auf 500 M Geldstrafe lautenden Urteils auf einen Tag Haft in jedem Fall eine Strafschärfung bedeuten soll.

Man sieht, generell läßt sich der Begriff „der Härte" einer Strafe nach §§ 398, 413 StPO. kaum feststellen. Ob eine reformatio in peius vorliegt, wird in diesen Fällen letzten Endes immer von der jedesmaligen Sachlage abhängen. Sicher ist nur, daß eine solche nicht vorliegt, wenn weder Strafart noch Strafdauer erhöht werden. Die Wertrelationen des materiellen Strafrechts dürfen bei evtl. Umwandlungen für den Begriff der härteren Strafe nicht den absoluten Maßstab bilden.

Praktisch sind alle diese Schwierigkeiten relativ unerheblich, denn eine abändernde richterliche Entscheidung, die zugleich die Strafart umwandelt, wird sich selten nur in jenen Grenzgebieten ereignen, wo es fraglich bleiben kann, ob die neue Strafe härter oder leichter ist. Der Richter wird eben, um diesbezügliche Streitigkeiten zu vermeiden, in diesen Fällen die erste Strafe, je nach seiner Ueberzeugung, entweder aufrecht erhalten, oder so mildern, daß etwaige Zweifel, ob diese Milderung nicht vielleicht eine Schärfung sei, gar nicht aufkommen.

In einem Falle allerdings ist es in gewisser Weise wenigstens notwendig, die Wertrelationen des materiellen Strafrechts in

Betracht zu ziehen. Dieser Fall, auf den *Kleinfeller*[1]) zuerst aufmerksam gemacht hat, betrifft die Umwandlung einer Freiheits- in eine Geldstrafe. Hier dürfe der Revisionsrichter jedenfalls die Maximalgrenze der im § 29 zitierten gesetzten Umwandlungsnorm nicht überschreiten, also an Stelle von 10 Tagen Haft nicht auf über M 150 erkennen, und zwar wegen der Möglichkeit der Uneintreibbarkeit der Geldstrafe. „Wenn der Richter bei der im späteren Urteil erfolgenden Verhängung einer Geldstrafe" — sagt *Kleinfeller* — „keine Rücksicht auf § 29 genommen, sondern eine höhere Geldstrafe festgesetst habe, als dieser mit Rücksicht auf die früher erkannte Freiheitsstrafe rechtfertigen würde, z. B. statt 8 Tage Haft M 150 Geldstrafe, so habe er sich für die evtl. Umwandlung die Möglichkeit der Einhaltung des § 29 ganz willkürlich versperrt. Man müsse also sagen: weil bei der evtl. (im Uneinbringlichkeitsfall) Umwandlung der Geld- in eine Freiheitsstrafe der § 29 Anwendung zu finden habe, und weil diese Umwandlung ferner mit Rücksicht auf das Verbot der reformatio in peius erfolgen müsse, so habe der Richter schon bei der mit derselben Rücksichtsnahme zutreffenden Festsetzung der Geldstrafe ebenfalls den § 29 zu befolgen; er könnte im obigen Falle also nur bis M 120 gehen." Wenn aber Kleinfeller von diesem singulären Fall aus, für den seine Beweisführung überzeugend ist, weiter argumentiert, daß „da in dem einen Fall die Notwendigkeit gegeben sei, auf dem Maßstab des Strafgesetzbuchs zurückzugreifen, doch auch analog bez. der Freiheitsstrafe § 21 StGB. maßgeblich sein müsse für den Vollzug des Verbotes der reformatio in peius",[2]) so kann ihm schon deshalb nicht beigetreten werden, weil er zu vergessen scheint, daß seine Ueberlegung doch nur sagt, daß die Umwandlung von 10 Tagen Haft in M 160 Geldstrafe eine reformatio in peius bedeutet, daß sie damit aber noch nicht sagt, daß 10 Tage Haft in M 140 Geldstrafe umgewandelt, keine reformatio in peius sei!

Selbst wenn man auch bedenkt, daß über die Maximalgrenze, die § 29 setzt, hinausgegangen, eine Umwandlung ganz sicher zu einem „in durius" führt, so kann man doch noch lange

---

[1]) Kleinfeller im GerS. S. 609; a. M. Löwe zu § 372 Anm. 4a S. 789; RGSt. Bd. 2 S. 205.

[2]) Kleinfeller S. 610.

nicht sagen, daß aus jenem Paragraphen sich der Begriff „der härteren Strafe“ ableiten lasse: Die Grenze nach dem „in melius“ bleibt unbestimmt. Denn diesbezüglich ergibt die Relation des § 29 nur wieder, daß 10 Tage Haft in eine Geldstrafe umgewandelt, die geringer ist als M 10 ganz sicher keine reformatio in peius ist. Für die Umwandlung einer 10 tägigen Haft in eine Geldstrafe, die zwischen M 11 und M 149 liegt, bleibt es trotz § 29 fraglich, was als „härtere Strafe“ erscheint. Da sich jenseits dieser Grenzen die Erkenntnis, ob in durius oder in melius reformiert ist, in der Regel von selbst versteht, so ergibt sich praktisch aus den Normen des § 29 zit. für den Begriff der reformatio in peius selbst für die beschränkten Fälle der Umwandelung von Freiheits- in Geldstrafen so gut wie garnichts, und eine „analoge“ Anwendung des § 21 StGB. erscheint auf dieser Basis vollkommen ungerechtfertigt.

Härter wird eine Strafe zweifellos, wenn der Oberrichter eine im ersten Urteile ganz oder zum Teile angerechneten Untersuchungshaft bei seiner Strafzumessung garnicht oder nur zum geringeren Teile in Abzug bringt. Theorie und Praxis stimmen hierin überein.[1]) Ebenso ist man sich einig, daß die Verhängung von Nebenstrafen (§§ 32, 33 bis 37, 38 und 39, 40, 41, 161, 200, 319, 362 Abs. 2 und 3 StGB.) eine reformatio in durius bedeutet.[2])

Bestritten ist jedoch die Frage, ob eine reformatio in peius vorliegt, wenn eins von mehreren Delikten fortfällt, und der Oberrichter trotzdem die Gesamtstrafe[3]) des ersten Urteils aufrecht erhält. — Ganz zweifellos wäre darin eine verbotene reformatio in durius zu erblicken.[4]) „Denn die Gesamtstrafe beruht

[1]) Vergl. die gesamte Komm.-Literatur und RGSt. u. a. Bd. 2 S. 205; RGRspr. Bd. 2 S. 602.

[2]) Vergl. v. Ullmann S. 600; Kleinfeller S. 611; v. Kries, Lehrbuch S. 663; Bennecke S. 798 Anm. 25; Löwe zu § 372 Anm. 4 a zu S. 729 etc.

[3]) Ist auf mehrere Strafen nebeneinander erkannt (§§ 75, 77, 78 StGB.) so ist in diesem Falle eine reformatio in peius selbstverständlich. Vergl. v. Kries, Lehrbuch S. 664; Puchelt zu § 372 Anm. 4 S. 584; Löwe zu § 372 Anm. 4 b S. 790.

[4]) So: v. Kries, Lehrbuch S. 664; Bennecke S. 479 Anm. 25; Oetker, Gött. Gel. Anz. S. 628, eingehend GerS. Bd. 65 S. 448 ff.; Bennecke-Beling S. 444 Anm. 33; Katz im GerS. a. a. O. S. 584 ff.; v. Ullmann S. 600; Rosenfeld S. 343 Anm. 11 und RGSt. Bd. 25 S. 297, Bd. 26 S. 167 f., RGRspr. Bd. 1

auf der unerschütterten Festsetzung der Einzelstrafen. Aendern sich diese, so muß sich notwendigerweise auch die Gesamtstrafe ändern, welche sich aus ihnen zusammensetzt".[1])

Fällt nun ein Delikt fort, so muß auch die für dieses Delikt in der Gesamtstrafe enthaltene Einzelstrafe fortfallen. Der erste Richter hatte z. B. wegen Diebstahls 5 Monate und wegen Betrugs 3 Monate Gefängnis angesetzt und eine Gesamtstrafe von 6 Monaten ausgesprochen. Das Revisionsgericht kommt zu der Erkenntnis, daß Diebstahl nicht vorliegt. Nun soll es keine reformatio in durius bedeuten, wenn die frühere Gesamtstrafe von sechs Monaten trotzdem aufrecht erhalten bleibt? wo doch der erste Richter als Einzelstrafe nur drei Monate für den Betrug angesetzt, in der Gesamtstrafe also tatsächlich noch nicht einmal drei Monate ausgesprochen hatte; die Strafe würde damit doch um das doppelte geschärft! Es ist schwer einzusehen, welche Bedenken die gegenteilige Ansicht stützen; Begründungen finden sich nirgends, nur Konstatierungen, z. B. *Kleinfeller:* „die Höhe einer Gesamtstrafe könne dieselbe bleiben, obgleich im späteren Urteile eins der mehreren Delikte wegfalle. *Thode* versucht eine Rechtfertigung dieser Meinung, indem er sagt: „da dem Revisionsgericht einzig und allein verboten sei, dem Angeklagten im Schlußresultat des Urteils eine härtere Strafe aufzuerlegen, so habe der nach Aufhebung des ersten Urteils entscheidende Richter innerhalb der dort als Gesamtstrafe verhängten Freiheitsentziehung völlig freie Hand".[2]) Er setzt damit fälschlicherweise die Gesamtstrafe als eine von der Rechtskraft der Einzelstrafe unabhängige Strafeinheit voraus, was zu Unmöglichkeiten führt. Es würde dann „die Bedeutung der erstinstanzlichen Bemessung der Einzelstrafen für den Berufungsrichter eine verschiedene sein,

S. 25; a. M. Kleinfeller S. 611; Thode S. 29 (nur für Revision und Wiederaufnahme); Puchelt zu § 372 Anm. 4 S. 584; Stenglein zu § 372 Anm. 6 S. 560; Daude zu § 372 Anm. 62 S. 198 und RGSt. Bd. 2 S. 202 Bd. 4 S. 140; RGRspr. Bd. 2 S. 186, Bd. 7 S. 378; Bd. 9 S. 449.

[1]) Katz: Das Verhältnis der Einzelstrafe zur Gesamtstrafe im GerS. Bd. 36 S. 587.

[2]) Thode S. 29; Puchelt, auf den er sich dabei u. a. stützt, sagt vorsichtig zu § 372 Anm. 4 S. 584 „so weit das Gericht den Angeklagten durch diese Gesamtstrafe nicht für beschwert erachtet". Es wird ihm eben für beschwert erachten müssen in diesem Fall.

je nachdem die konkurrierenden Delikte gleichzeitig (§ 74 StGB.) oder sukzessive (§ 79) zur Aburteilung gelangen".[1]) Daß das „mit der Absicht des Gesetzes nicht vereinbar wäre" [2]) ist selbstverständlich. Der zweite Richter kann also nur „völlig freie Hand" im Rahmen der übrigbleibenden Einzelstrafen haben; im Rahmen der zuerst erkannten Gesamtstrafe folglich nur dann, wenn dieser Rahmen über den der Einzelstrafen (nach dem das fortgefallene Delikt mit seiner ganzen Ansatzhöhe in Abrechnung gebracht ist) hinausgeht. Uebrigens erörtert *Thode* 10 Seiten später,[2]) wo er die reformatio in peius bei der Berufung bespricht, in Anlehnung an den zitierten *Katz*'schen Aufsatz in GerS. diesen Gegenstand ganz richtig. Ob in diesem Gegensatz ein Versehen liegt, oder ob tatsächlich jene richtige Auffassung der Gesamtstrafe nur für den „Nachteil" des § 372 gelten soll, ist nicht zu erkennen. Gründe sind wenigstens für eine diesbezügliche Verschiedenheit nicht zu finden.

Natürlich hat es auch hier wieder seine Schwierigkeit zu bestimmen, wo die „härtere Strafe" anfängt; insbesondere, wenn verschiedene Strafarten als Einzelstrafen der Gesamtstrafe zu Grunde gelegt waren. Soweit gleiche Strafarten die Gesamtstrafe zusammensetzen, wird man am besten *Löwe*[3]) folgen und die vom ersten Richter in Anschlag gebrachten Einzelstrafen hierfür maßgeblich sein lassen, nach dem obigen Beispiel also eine verbotene reformatio in durius annehmen müssen, sobald das Revisionsgericht über drei Monate Gefängnis erkennt. Das ist, wie oben schon angedeutet, nicht ganz gerecht, da das „in durius" eigentlich schon etwas früher beginnt, doch ist ein anderer Maßstab unmöglich, wenn man nicht den ersten Richter verpflichten wollte, bei jeder Gesamtstrafe die Bruchteile anzugeben, nach denen er die Herabsetzung der Einzelstrafen vornimmt. Das würde wieder dem Begriff der „Gesamtstrafe" nicht entsprechen. Bedingten verschiedene Strafarten die Gesamtstrafe, so wird man nach denselben Prinzipien bei Wegfall eines Deliktes auf die übrig bleibende schwerste Strafart als Basis die anderen Strafen nach den materiell-rechtlichen Vorschriften neu zurückführen

[1]) Löwe zu § 372 Anm. 4 b S. 790.
[2]) a. a. O. S. 36 ff.
[3]) Löwe zu § 372 Anm. 4 b S. 790.

müssen. Waren also 3 Jahre Gefängnis, 2 Jahre Gefängnis und 5 Jahre Zuchthaus zu einer Gesamtstrafe von 6 Jahren Zuchthaus zusammengezogen, so würde, wenn das Verbrechen, das mit 5 Jahren Zuchthaus angesetzt war, wegfiel, ein zweites Urteil, das über 5 Jahre Gefängnis ausspräche, eine reformatio in durius sein.

Wie steht es nun mit der „härteren Strafe", wenn ein Delikt vom Revisionsgericht milder beurteilt wird? Wenn statt eines vorsätzlichen nur ein fahrlässiges Delikt, statt Vollendung nur Versuch, statt mehrerer Delikte nur eins etc. angenommen wird? Hier liegt der Fall anders als oben. Natürlich wird auch hier eine reformatio in durius vorliegen, wenn ein Strafmaß oder eine Strafart aufrecht erhalten wird, die für das im zweiten Urteil festgestellte geringere Delikt gesetzlich unzulässig ist. Umfaßt hingegen Strafart und Maß dieses Delikts noch die des zuerst erkannten, so liegt keine reformatio in durius in der Beibehaltung dieser Strafe. Denn „die erkannte Strafe wird nicht dadurch härter, daß die Gründe der Strafzumessung sich ändern".[1])

Das scheint zunächst dem obigen Resultat zu widersprechen Beim Wegfall eines Delikts soll der Revisionsrichter die übrigbleibenden Strafen nicht relativ härter bis zur Grenze der Gesamtstrafe beurteilen können, während er hier, wenn sich ein geringeres Vergehen herausstellt, relativ „härter" bis zur Strafgrenze des ersten Urteils soll erkennen dürfen, ohne das Verbot zu verletzen? Dieser scheinbare Widerspruch löst sich aber sofort, wenn man bedenkt, daß im ersten Falle mit dem Delikt zugleich die Strafe entfällt, also der erste Urteilsspruch sich um die Strafe des Delikts, das nicht vorhanden war, sozusagen herabmindert. Die nach Fortfall jenes Delikts übrig bleibenden Strafen kann der Revisionsrichter natürlich genau wie hier trotz eventueller milderer Qualifizierung der Taten bestehen lassen.

---

[1]) Kleinfeller in GerS. S. 611 d: Wie im Text ferner Stenglein zu § 372 Anm. 6 S. 562; Ullmann S. 600; Geyer S. 814 VI; Thode S. 28; Loewe zu § 372 Anm. 4a S. 790; Dalcke zu § 398 Anm. e S. 213 und RGRspr. Bd. 2 S. 239.

XIX.

Der Begriff der Abänderung zum Nachteile der Angeklagten.

Für die Berufung gilt nun das eigentliche Verbot der reformatio in „peius". Das Urteil darf unter den im § 372 gegebenen Voraussetzungen nicht zum Nachteil des Angeklagten abgeändert werden. Zunächst umfaßt der Begriff Nachteil natürlich die härtere Strafe, also gilt für das Verbot im Falle des § 372 alles im vorigen Kapitel Ausgeführte. Sodann gehört hierher aber auch vor allem die schwere Qualifikation der Tat in jeder Form. — Ganz gleich, welchen kritischen Standpunkt man dieser Frage gegenüber einnimmt, ganz gleich, ob man sie rein logisch oder sozial oder moralisch betrachtet: ein Schuldspruch wegen Diebstahls wird immer gegenüber einem Schuldspruch wegen Unterschlagung ein Nachteil für den Delinquenten sein. Das erscheint selbstverständlich und doch gehen die Ansichten darüber weit auseinander [1]) Mit den seltsamsten Gründen wird die entgegengesetzte Stellungnahme zu rechtfertigen versucht. „Schon eine Vergleichung des § 372 mit § 398 Abs. 2" sagt z. B. *Birkmeyer*,[2]) — „beweise, daß unser geltendes Recht eine reformatio in peius nur dann annehme, wenn eine härtere Strafe als die in dem ersten Urteil erkannte verhängt werde; folglich (!) nicht schon dann, wenn die Qualifizierung der Tat in dem neuem Urteil eine strengere sei als in dem ersten." Man denke sich diese Interpretationsmethode auf das materielle Strafrecht übertragen! Dabei wäre die umgekehrte Argumentation immer noch eher verständlich, wenn auch nicht gerechtfertigter. — *Bennecke*[3]) meint zunächst ganz richtig „das Gesetz verbietet im § 372 das Urteil wegen der in Rede stehenden Tat so zu ändern, daß der Angeklagte aus diesem zweiten Urteil gegenüber

---

[1]) Ebenso u. a. Kleinfeller im GerS. S. 601; Binding S. 263; Oetker, Gött. Gel. Anz. S. 628 GerS. Bd. 65 S. 447 ff.; Puchelt zu § 372 Anm. 3 S. 583; Thode S. 38; Bennecke-Beling S. 445; v. Ullmann S. 600; (aber nur, wenn auf Delikt erkannt wird, das den Rückfall schwerer bestraft); falsch zit. bei Bennecke-Beling S. 444 Anm. 3; ebenfalls hier falsch zitiert v. Kries, Rechtsmittel S. 116. A. M. u. a. Bennecke S. 749 IV a; v. Kries, Lehrbuch S. 663; Löwe zu § 372 Anm. 2 S. 788; Rosenfeld S. 143.

[2]) Birkmeyer S. 709, 2 a

[3]) Bennecke S. 748 Anm. 23.

dem ersten „Nachteile“ habe und sodann[1]) „zum Nachteil“ abändern, d. h. so abändern, daß aus dem zweiten Urteil den Angeklagten eine nach Art oder Maß härtere Strafe trifft, als in dem angefochtenen verhängt war. Dagegen liegt eine solche Verschärfung noch nicht darin, daß das Berufungsgericht die Tat juristisch schärfer auffaßt, als das erste Gericht, also in ihr etwa statt einer mit Geld zu bestrafenden Entwendung aus § 370 StrGB. einen vom Gesetz mit Gefängnis bedrohten Diebstahl sieht“. Den Delinquenten darf demnach ein Urteil nur insoweit interessieren, als es eine Strafe ausspricht; die nur juristische (!) Auffassung seiner Schuld soll ihm gleich sein. Auch dazu kann man sagen: umgekehrt wäre die Ueberlegung einwandfreier. Die Strafe hängt mit der Schuld und Qualifikation als deren Folge untrennbar zusammen.[2]) Ganz abgesehen davon, daß die schwerere Qualifikation der Tat (Teilnahme an einem Betrug und Raub)[3]) dem Angeklagten oft wichtiger sein und ihn viel härter treffen wird, als eine relativ hohe Strafe. — *Löwe*[4]) endlich argumentiert: „Der Inhalt des Verbotes der reformatio in peius ist der, daß der höhere Richter . . . die Strafe nicht verschärfen darf. Darin, daß derselbe die Tat schwerer qualifiziert . . . ist eine reformatio in peius nicht enthalten. Die mehrfach vertretene entgegengesetzte Ansicht würde dahin führen, daß in manchen Fällen eine Freisprechung in höherer Instanz lediglich deshalb stattfinden müßte, weil die Tat seitens des Vorderrichters unrichtig qualifiziert worden“. Es folgt als Beweis dann das Beispiel, daß der erste Richter unter mildernden Umständen auf Geldstrafe wegen Unterschlagung erkannt hat, der Berufungsrichter auf Appellation des Angeklagten hin aber findet, daß ein Diebstahl vorliegt. „Er darf die erstrichterliche Feststellung, wenn er sie für rechtsirrtümlich erkennt, nicht bestehen lassen. Somit aber würde er, wenn er nicht die Befugnis hätte, den Angeklagten des Diebstahls für schuldig zu erklären, auf Freisprechung erkennen müssen,

[1]) Bennecke S. 748 f. VI a.

[2]) Vgl. Loos a. a. O. in der Allg. D. StrafRZt. a. a. O Sp. 468/9; Oetker GerS. Bd. 65 f. S. 448.

[3]) Erkenntnis des Ober-Tribunals vom 11. Januar 1865 in Oppenhoffs Tribunalrechtssprüchen Bd. 5 S. 406.

[4]) Löwe zu § 372 Anm. 2 S. 788.

wiewohl beide Instanzen die Handlung des Angeklagten für eine strafbare halten. Ein solches Ergebnis erscheint unzulässig; eben deshalb muß die gedachte Befugnis dem Berufungsrichter zustehen".[1]) Auch diese Deduktion *Löwes* geht fehl. Also eines evtl. gesetzlich unzulässigen Ergebnisses wegen soll der Begriff „Nachteil" (in gesetzlich ebenso unzulässiger Weise) willkürlich auf den bestimmten engeren Begriff der härteren Strafe beschränkt werden. Doch zugegeben selbst, daß diese Willkür am Platze wäre, wenn sie dahin führt, ein gesetzlich unzulässiges Ergebnis zu vermeiden — wie aber steht es denn mit diesem Ergebnis? Es bleibt gesetzlich genau so unzulässig wie vorher, nach *Löwes* eigener Argumentation. Er kommt nämlich zu dem Resultat daß in seinem Beispiel der Berufungsrichter nunmehr — mit dem materiellen Strafrecht unvereinbar — wegen Diebstahls auf Geldstrafe erkennen müsse. Damit wird seine Beweisführung hinfällig. Es ist kaum anzunehmen, daß Löwe dieses Ergebnis im Gegensatz zum ersten für „gesetzlich zulässiger" hält. Seine Beweisführung würde folgerichtig zu einer Ablehnung des Verbotes der reformatio in peius überhaupt gelangen müssen; und darin wäre ihr auch gewiß beizustimmen;[2]) zur Begründung, daß schwerere Qualifikationen hier zulässig seien, ist sie unbrauchbar. —

Neben dieses logische Bedenken tritt außerdem aber noch der Zweifel, ob es denn überhaupt gerechtfertigt sei, auf die Berufung des wegen Unterschlagung verurteilten Angeklagten hin, freizusprechen, wenn die Berufungsinstanz Diebstahl annimmt. Auch dieser Ansicht ist nicht beizutreten, sondern mit *Planck,*[3]) *Brachvogel,*[4]) *v. Lilienthal,*[5]) *v. Ullmann,*[6]) *Oetker,*[7]) *Kleinfeller,*[8])

[1]) Löwe zu § 372 Anm. 2 S. 788.
[2]) Vergl. Kap. XXIII.
[3]) Planck S. 508 Anm. f.
[4]) Brachvogel S. 220.
[5]) v. Lilienthal S. 317.
[6]) v. Ullmann S. 600.
[7]) Oetker, Gött. Gel. Anz. S. 628; GerS. Bd. 65 S. 447.
[8]) Kleinfeller S. 611.

Binding,[1]) *Puchelt*[2]) und *v. Schwarze*[3]) anzunehmen, daß der Oberrichter die Berufung in einem Falle einfach zu verwerfen habe.[4]) Die „Verwerfung des Rechtsmittels ist noch keine Billigung und Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses, sondern nur der Ausspruch, daß das Rechtsmittel unbegründet sei. Der Oberrichter wird also nicht genötigt, ein Erkenntnis zu bestätigen, welches mit seiner Ansicht von der Sachlage nicht übereinstimmt".[5])

Neben diesen Begründungsversuchen findet sich bei den übrigen Schriftstellern, die eine schwerere Qualifikation der Tat im Falle des § 372 für zulässig erklären,[6]) nur die Ansicht von den redaktionellen Versehen in Bezug auf das Wort „Nachteil". Dieser Ansicht war im Kapitel XVII bereits versucht worden entgegenzutreten. Und somit bleibt die vorangestellte Behauptung, daß nach § 372 eine schwerere Qualifikation des Delikts unzulässig sei, aufrecht erhalten. —

Was nun eine solche schwerere Qualifikation ist, das ergibt sich wieder aus dem materiellen Strafrecht. Die Erkenntnisse

[1]) Binding S. 663 Anm. 2. Gegen dessen Meinung, daß jene Fälle „monströse, konstruierte m. E. nach undenkbare Fälle" sind, vergleiche die teilweise schon zitierten Entsch. der OTr. abgedr. bei Oppenhoff a. a. O. Bd. 1 S. 211 und 561; Bd. 7 S. 242 Bd. 5 S. 406; ferner die von Mumm: Bemerk. zum Verbot der reformatio in peius in der ZStW. Bd. 22 S. 719 ff. mitgeteilten „der Praxis entnommenen Fälle", endlich auch die in diesem Teil der Arbeit zitierten Reichsgerichtentscheidungen.

[2]) Puchelt zu § 372 No. 3 S. 583.

[3]) v. Schwarze, Kommentar zu § 372 No. 3 S. 517.

[4]) In demselben Falle freisprechen wollen: v. Kries, Rechtsmittel S. 116 (im Gegensatz zu v. Kries, Lehrbuch A 664 V, wo er trotz härterer Qualifikation der Tat die erstere Strafe bestehen lassen will) und Bennecke-Beling S. 445, wenn ein „aliud" vorliege (Diebstahl statt Unterschlagung). Liege aber nur ein „plus zum minus" vor (Veruntreuung statt Unterschlagung), so will er das alte Urteil aufrecht erhalten wissen.

Im Falle des obigen Beispiels „wegen Diebstahls auf Geldstrafe" erkennen wollen: Löwe zu § 372 Anm. 2 S. 789; Bennecke S. 749 IV 1; v. Kries, Lehrbuch S. 664 V; Rosenfeld S. 343 Anm. 11; Stenglein zu § 372 Anm. 3 S. 599; Geyer S. 814 VI; Thode S. 42, womit letzterer sich in Bezug auf die Seite 41 befürwortete Verwerfung der Berufung in diesem Falle widerspricht.

[5]) v. Schwarze, Ueber den Devolutiveffekt der Rechtsmittel etc. im GerS. Bd. 14 S. 286.

[6]) z. B. Thilo zu § 372 Anm. 3 S. 423.

im einzelnen hat das Gesetz durch die Einteilung seiner Delikte in Verbrechen, Vergehen, Uebertretungen, durch Art und Maß der auf das Delikt gesetzten Strafe, aus der Verhängung von Nebenstrafen etc. so erleichtert, daß sich Zweifel darüber wohl kaum erheben können. Auch die Deliktscharakterisierung als eines vollendeten muß, gegenüber der Annahme eines bloßen Versuchs durch den ersten Richter, als eine schwerere Qualifikation erscheinen.[1]) Ebenso darf der Oberrichter keine schwerere Art der Teilnahme annehmen, also nicht Anstiftung oder Mittäterschaft anstatt Beihilfe, die zweifellos nach StrGB. §§ 44—47, 48, 49 gegenüber den ersten beiden gleich zu wertenden Teilnahmeformen ein geringeres Delikt darstellt. Außer der schwereren Qualifikation der Tat kommt ferner die schwerere Qualifikation der Schuld hier in Betracht, soweit sie in der Dezisive, im Urteilstenor, hervortritt.[2])

Die einzelnen Strafschärfungsgründe, die das Strafgesetzbuch kennt (Waffengebrauch, Gewerbsmäßigkeit, Verletzung einer Amtspflicht, gemeinsames Begehen und Rückfall) zählen auch hierher, da sie die betreffenden Delikte schwerer erscheinen lassen, wie ohne weiteres aus den im Gesetz darauf gesetzten Strafen ersichtlich ist.

Es erübrigt sich zu sagen, daß der Berufungsrichter indessen befugt ist, milder zu qualifizieren, ohne daß er deshalb gezwungen wäre, auch die Strafe herabzusetzen,[3]) sofern sie noch in Bezug auf dieses geringere Delikt gesetzlich zulässig ist. Denn aus einer solchen Urteilsabänderung erwächst dem Angeklagten kein Nachteil.[4]) In Bezug auf die Nichtannahme von Strafmilderungs-

[1]) A. M. Kleinfeller im GerS. S. 613. Auch das Reichsgericht, da es ja den Unterschied zwischen §§ 398,2 und 372 nicht beachtet. Vergl. RGRspr. Bd. 8 S. 319.

[2]) Vergl. Bennecke-Beling S. 444. Die Gründe, die den Richter bestimmen, können nicht Gegenstand einer reformatio in peius sein. „Die Rechtsmittel wollen Beseitigung einer unrichtigen Entscheidung. Entscheidung ist aber die Dezisive selbst, der Tenor im Gegensatz zu den Gründen.“ S. 442.

[3]) Vergl. v. Ullmann S. 600; Stenglein zu § 372 Anm. 6 S. 560; Löwe zu § 372 Anm. 4 a S. 789.

[4]) Unter ganz besonderen Umständen wäre es auch denkbar, daß in der milderen Qualifizierung ein Nachteil für den Angeklagten liegt. Z. B. infolge einer Amnestie, die sich nur auf die im ersten Urteil erkannte Deliktsgruppe

gründen wird man unterscheiden müssen zwischen dem allgemeinen Strafmilderungsgrund (dem jugendlichen Alter), zwischen den sogenannten mildernden Umständen und endlich jenen besonderen Milderungsgründen, für deren Vorliegen das Strafgesetzbuch eine besondere Charakterisierung der Straftat getroffen hat (wie z. B. Kindestötung § 217, Mundraub § 370, 5). Während in der richtigen Altersfeststellung und in der Nichtanerkennung mildernder Umstände die Berufungsinstanz völlig frei ist, da sie, wie schon erwähnt, nur das Urteil, das heißt, den Urteilstenor, nicht zum Nachteil abändern darf, in den Gründen, die sie zu der Beurteilung führen, jedoch durch § 372 StrPO. nicht beschränkt ist, würde die Nichtannahme eines besonderen Strafmilderungsgrundes (Kindestötung, Mundraub) die Tat in der Dezisive schwerer qualifizieren, also eine verbotene reformatio in peius darstellen.[1])

Ebenfalls wird auch das Dazukommen einer Buße, die (wenn sie auch keine „härtere Strafe“ ist,[2]) sicher doch einen Nachteil für den Angeklagten bedeutet) verboten sein.

Schwierig zu entscheiden und sehr bestritten ist zum Schluß noch die Frage, ob in der zweitinstanzlichen Subsumption einer Straftat unter eine Deliktsgruppe, die einen evtl. Rückfall härter straft, eine verbotene reformatio zu sehen ist. Wie in Anm. 1 S. 71 schon angedeutet, will *v. Ullmann*[3]) eine schwerere Qualifizierung der Tat nur dann als reformatio in peius aufgefaßt wissen, wenn „auf Grund dieser Verurteilung ein späterer Rückfall als Strafschärfungsgrund in Betracht käme“. Er will damit also einen zukünftigen evtl. nur eintretenden Strafverschärfungs-

---

erstreckt. In diesem Falle wäre natürlich auch eine „mildere Qualifizierung“ eine verbotene reformatio in peius. — Hingegen ist eine mildere Tatqualifikation mit längerer Verjährungsfrist, die Thode auch beachtet wissen will (S. 39) undenkbar. Denn die Verfolgungsverjährung richtet sich in ihrer Dauer nach der Deliktseinteilung des Stratgesetzbuches in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, die Vollstreckungsverjährung nach der Höhe der erkannten Strafe. Delikte mit längeren Verjährungsfristen können also nur in Frage kommen, wenn in „peius“, nicht wenn in „melius“ reformiert wird.

[1]) Vergl. Goltd. Arch. Bd. 13 S. 206. A. M. auch Thode will hier keine „wahrnehmbare Benachteiligung des Verurteilten“ erblicken (S. 44). Da er eine solche indessen bei Stratschärfungsgründen und Schuldqualifikationen annimmt, liegt darin eine Inkonsequenz.

[2]) Vergl. S. 63.

[3]) v. Ullmann S. 600.

grund beachten, während die gegenwärtige Annahme eines solchen durch den Oberrichter keine reformatio in peius sein soll! Der Einwand, daß diese gegenwärtige Annahme eines Strafschärfungsgrundes das Strafmaß nicht berühre, während für den evtl. späteren Rückfall eine höhere Strafe in Betracht komme, ist nicht stichhaltig. Denn jede schwerere Qualifikation der Tat wird im Falle späteren verbrecherischen Verhaltens eine Straferhöhung bedingen. Besonders in Bezug auf die Zubilligung mildernder Umstände wird der Richter einen Räuber, der wegen vorsätzlicher Körperverletzung vorbestraft ist, anders beurteilen, als einen Räuber, der nur wegen Beleidigung verurteilt ist. *v. Ullmann* steht denn auch mit seiner Ansicht allein. *Binding*[1]) und *Kleinfeller*,[2]) die ebenfalls darin, daß die Tat einer Deliktsspezies unterstellt wird, die einen evtl. Rückfall härter bestraft, eine reformatio in peius erblicken, vertreten die Meinung, daß jede schwerere Qualifikation ein Nachteil für den Angeklagten ist. Es würde sich also bei ihnen die Behandlung der Frage eines evtl. Rückfalles erübrigen, soweit die Tat durch die neue Subsumierung schwerer qualifiziert wird (z. B. Diebstahl statt Unterschlagung). *Thilo*,[3]) *Bennecke*[4]) *Löwe*[5]) wiederum, die sich gegen die Beachtung eines evtl. Rückfalles aussprechen, halten diese Ansicht wohl im Hinblick darauf, daß sie überhaupt in einer schwereren Qualifikation keinen Verstoß gegen § 372 sehen, aufrecht.

Man wird also beiden Meinungen nicht ohne weiteres beitreten können, sondern nach der im Text vertretenen Ansicht trennen müssen: ist die vom Berufungsrichter gefundene Qualifikation, die die Tat einer Deliktsgruppe mit härterer Strafe für einen eventuellen Rückfall unterstellt, gegenüber der ersten schwerer, auch wenn man an einen solchen Rückfall nicht denkt, so wird das nach den obigen diesbezüglichen Ausführungen eben

---

[1]) Binding S. 263.

[2]) Kleinfeller im GerS. S. 611 f. No. 2.

[3]) Thilo zu § 372 Anm. 4 S. 423.

[4]) Bennecke S. 749 Anm. 26.

[5]) Löwe zu § 372 No. 2 S. 798, (der versehentlich als a. M. auch Bennecke-Beling S. 444 und Puchelt S. 583 zitiert, die jedoch beide zu dieser Frage speziell garnicht Stellung nehmen).

immer eine verbotene reformatio in peius sein; führt hingegen eine mildere Qualifikation der Tat auf eine solche den Rückfall schwerer strafende Deliktsgruppe, so wird darin allein keine reformatio in peius nach § 372 zu sehen sein. Denn der eventuelle Nachteil für den Angeklagten liegt dann nicht in dem neuen Urteilsspruch, sondern lediglich in dem künftigen Verhalten des Delinquenten. Und bei der Bestimmung des Begriffes „Nachteil“ auf ein solches künftiges verbrecherisches Verhalten Rücksicht zu nehmen, wäre nicht human, sondern unmoralisch.

XX.

Streitfragen.

Wie im Kap. VIII dargestellt wurde, trifft das Verbot der reformatio in peius nur dann ein, wenn ausschließlich der Angeklagte oder der Staatsanwalt zu seinen Gunsten oder eine der im § 340 genannten Personen das Rechtsmittel für ihn einlegt, bezw. den Antrag auf Wiederaufnahme stellt. Es fragt sich nun, ob diese Voraussetzungen auch dann noch gegeben sind, wenn neben dem Angeklagten sich der Staatsanwalt eines Rechtsmittels gegen ihn zwar bedient hat, dieses Rechtsmittel aber verworfen wurde? *Geyer,*[1]) *Puchelt,*[2]) *Stenglein,*[3]) *v. Lilienthal*[4]) und *Löwe*[5]) bejahen diese Frage. „Denn die Erhebung einer grundlosen Beschwerde hängt von dem Belieben der Staatsanwaltschaft ab, und es kann nicht in dieses Belieben gestellt sein, ob bei der Revision des Angeklagten die Sache auch zu dessen Ungunsten rechtshängig bleiben soll“.[6]) Diese Begründung ist falsch. Nicht vom „Belieben“, sondern von der „Ueberzeugung“ des Staatsanwalts darf dessen Einlegen eines Rechtsmittels abhängen. In dem oben zitierten Sinne stände ja die Erhebung der Anklage überhaupt im „Belieben“ der Staatsanwaltschaft, und auch der Richterspruch hinge schließlich nur von dem „Belieben“ des Richters ab. — Gegen diese herrschende Meinung will nun *Klein-*

[1]) Geyer S. 835 N. 9.
[2]) Puchelt zu § 398 S. 650 Anm. 3.
[3]) Stenglein zu § 398 S. 592 Anm. 6.
[4]) v. Lilienthal S. 317.
[5]) Löwe zu § 398 Anm. 6 S. 832.
[6]) Löwe zu § 398 Anm. 6 S. 832.

feller unterscheiden, ob das Rechtsmittel des Staatsanwalts verspätet oder in unzulässiger Form, seine Revisionsanträge ohne Begründung eingelegt waren, bezw. sein Antrag auf Wiederaufnahme die Voraussetzungen des § 402 nicht erfüllte. In diesen Fällen „sei die Anrufung des Gerichts von seiten der Staatsanwaltschaft nicht nur erfolglos, sondern überhaupt unwirksam, ein mißlungener Versuch gewesen",[1]) und die reformatio in peius müsse natürlich verboten bleiben; „wenn dagegen das Rechtsmittel als erfolglos verworfen wurde, nachdem das Gericht den Wert der Beschwerdegründe geprüft habe, so könne man unmöglich mehr sagen, es sei die Voraussetzung erfüllt, daß nur vom Angeklagten oder zu Gunsten desselben Rechtsmittel eingelegt oder Wiederaufnahme beantragt war." Hier also dürfe das Verbot der reformatio in peius nicht mehr gelten.

Es ist charakteristisch, daß alle übrigen Schriftsteller in Bezug auf diese Frage schweigen, damit also dokumentieren, daß eine Stellungnahme zu diesem Problem überflüssig sein dürfte. Soweit nämlich die Berufung etc. des Staatsanwalts vor der Hauptverhandlung durch Beschluß (oder in der Hauptverhandlung durch Urteil) als unzulässig verworfen wird,[2]) ist es selbstverständlich, daß diese als unwirksam zu gelten,[3]) eine reformatio in peius also verboten bleibt. Und *Löwe* sowohl als *Kleinfeller* beurteilen diesen Fall richtig. Der andere Fall hingegen, daß eine reformatio in peius erlaubt sein müsse (Kleinfeller), wenn das Gericht nach Prüfung der Beschwerdegründe die staatsanwaltschaftliche Berufung verworfen habe, stellt sich als eine undenkbare Konstruktion dar. Diese Konstruktion würde ja voraussetzen, daß die Berufung des Staatsanwalts zugleich verworfen und als zu Recht bestehend erkannt wird! Theoretisch könnte man noch an die Möglichkeit denken, daß das Gericht sich zunächst irrt, das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft verwirft und später dann trotzdem zu einer, dem Angeklagten ungünstigeren Würdigung der angefochtenen Tatsachen gelangt. Das aber würde wieder bedingen, daß das Gericht über die Rechtsmittel der beiden „Parteien" getrennt verhandelt. Da

[1]) Kleinfeller im GerS. S. 607.

[2]) Vergl. die §§ 360, 363, 386 Abs. 1 389, 408 Abs. 1.

[3]) Ebenso natürlich wenn sie zurückgenommen wird.

dies nicht der Fall ist, schließen sich also Verwerfung des staatsanwaltschaftlichen Rechtsmittels und reformatio in peius gegenseitig aus. Soweit in peius reformiert wird, soweit wird eben die Berufung des Staatsanwalts nicht verworfen. Die obige Kontroverse zwischen *Löwe* etc. und *Kleinfeller* erscheint somit hinfällig.

Mittelbar berührt das Verbot der reformatio in peius auch der Streit, der sich um die Interpretation des § 430 Abs. 1 StPO. entsponnen hat. Nach diesem Paragraphen sollen „dem Privatkläger dieselben Rechtsmittel zustehen, welche in dem Verfahren auf erhobene öffentliche Klage der Staatsanwaltschaft zustehen." Und viele folgern daraus,[1]) daß also auch der Privatkläger zu Gunsten des Angeklagten Berufung einlegen, Revision beantragen könne. Für den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens verbietet das § 430 Abs. 1 S. 2 ausdrücklich. Nach wohl richtiger Ansicht ist dieses Verbot jedoch auch auf Berufung und Revision zu beziehen. Am überzeugendsten verficht *Oetker* diesen Standpunkt, indem er ausführt „der Privatkläger ist nicht Vertreter des Staates, sondern erhebt als Partei einen staatlichen Strafanspruch. Er ist Strafverfolgungsorgan anstelle der Staatsanwaltschaft, nicht Strafverfolgungsbehörde wie diese. Aus dem Mangel behördlicher Berechtigung folgt, daß dem Privatkläger Rechtsmittel zu Gunsten des Angeklagten versagt sind. Denn Rechte der Staatsanwaltschaft, die dem Beschuldigten zugute kommen sollen, folgen zweifellos lediglich aus deren Behördenqualität, aus dem Beruf, als Wächterin des Gesetzes ungerechte Entscheidungen zu verhüten. Diese Pflicht und folglich jene Rechte hat der Privatkläger nicht".[2]) Tatsächlich widerspricht diese Auffassung auch keineswegs der Bestimmung des § 430 Abs. 1. Denn danach sollen dem Privatkläger nur „die Rechtsmittel" der Staatsanwaltschaft zustehen. Das Einlegen zu Gunsten des Angeklagten ist aber doch gar kein Rechtsmittel, sondern nur die Form der Handhabung eines solchen. Dem Privatkläger gibt § 430 Abs. 1 nicht das Recht, Rechtsmittel „in derselben

[1]) Vergl. Geyer S. 864 III, Puchelt zu § 430 Anm. 2 S. 725, Stenglein zu § 430 Anm. 2 S. 624, Dorendorf zu § 430 Anm. 1 S. 286, Löwe zu § 430 Anm. 2 S. 879 und RGSt. Bd. 22 S. 400.

[2]) Oetker, Gött. Gel. Anz. S. 628 f.

Art wie“ die Staatsanwaltschaft, sondern nur „die“ Rechtsmittel des Staatsanwalts einzulegen. Damit nimmt der zitierte Paragraph gar keine Stellung zu dieser Frage, die durch die oben angeführten Ueberlegungen *Oetkers* zweifellos entschieden sein dürfte.[1])

Die vor der reichsgesetzlichen Strafprozeßkodifikation aktuelle Streitfrage, ob schon in der Verweisung der Sache an ein Gericht höherer Ordnung, wenn sich die sachliche Unzuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts herausgestellt hat, eine reformatio in peius zu sehen sei (wie es die konstante Praxis des OTr. annahm,[2]) ist heute durch die Bestimmung des § 369 Abs. 3 nur scheinbar negativ entschieden. Denn wird die Annahme der Zuständigkeitsüberschreitung auf schwerere Schuldannahme gestützt, und ist diese Schuldannahme an sich durch das Verbot der reformatio in peius ausgeschlossen,[3]) so darf natürlich auch nicht unter dieser Schuldannahme verwiesen werden.[4]) Sodann ist aber auch, abgesehen von diesem Zweifel, durch § 369 Abs. 3 die Sachlage insofern nicht vereinfacht, als ja nunmehr wieder die Frage auftaucht, ob auch für das Gericht, an das die Sache zur erneuten Urteilsfällung verwiesen ist, das Verbot der reformatio in peius gilt. Das Gesetz bejaht das ausdrücklich nur für die Revision im § 398. *v. Kries* und *Kleinfeller* benutzen das Fehlen einer diesbezüglichen Vorschrift im Berufungsabschnitt dazu, in diesen Fällen eine reformatio in peius als statthaft anzusehen. *v. Kries* meint,[5]) „es erschiene keineswegs selbstverständlich, daß diese (Revisions) Bestimmungen auch auf die Berufungsinstanz zu übertragen seien, sofern virtuell eine Revision vorliege. Nirgends finde sich in dem Abschnitt über die Berufung auch nur eine entfernte Andeutung, nach welcher eine solche Herübernahme gerechtfertigt wäre. Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung werde man die allgemeine Erwägung geltend machen können,

[1]) Ebenso v. Kries, Lehrbuch S. 208; v. Kries, Rechtsmittel S. 47 Anm. 1; Bennecke S. 646; Bennecke-Beling S. 631; Binding S. 250 (im Gegensatz zu den älteren Auflagen z. B. der Dritten S. 188); Kleinfeller im GerS. S. 606 b; Rosenfeld S. 183.

[2]) Vergl. die Entsch. in Goltd. Arch. Bd. 8 S. 324, Bd. 13 S. 205, Bd. 18 S. 563; Bd. 22 S. 505.

[3]) Vergl. S. 75.

[4]) Vergl. Oetker, GerS. Bd. 65 S. 417.

[5]) v. Kries: Rechtsmittel S. 118.

daß es keinen rechten Sinn habe, eine strafbare Handlung zur Aburteilung vor ein Gericht höherer Ordnung zu verweisen, wenn demselben von vornherein die Hände gebunden werden.“ Aehnlich auch *Kleinfeller*:[1]) „Soll die Sache an das Gericht höherer Ordnung nur darum verwiesen werden, damit dieses schlimmstenfalls das frühere Urteil aufrecht erhalten kann?“ — Besonders für den Fall, daß der Angeklagte selbst die Unzuständigkeit des ersten Richters geltend macht, will *Kleinfeller* das Gericht, an das die Sache nunmehr zurückverwiesen wurde, in keiner Weise beschränkt wissen. „Hat der Verurteilte selbst die Unzuständigkeit gerügt, so verlangt er damit Aburteilung durch den zuständigen Richter,[2]) also Vernichtung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz. Ist diesem Antrag stattgegeben, so kann der Angeklagte nachträglich nicht fordern, daß der nunmehr in erster Instanz erkennende Richter das frühere Urteil respektierte und nicht noch größere Nachteile wie dieses über ihn verhänge; es wäre ein absoluter Widerspruch, ein Urteil zugleich als vernichtet und als fortbestehend betrachten zu wollen“.[3]) Man wird zugeben müssen, daß im Hinblick auf das Verbot der reformatio in peius die Bestimmungen des § 369 Abs. 2 und 3 eine nur beschränkte Bedeutung haben, da für das neue Erkenntnis eben durch dieses Verbot der reformatio in peius Schuld und Strafe nach oben bereits angegrenzt sind. Doch geht es viel zu weit, den § 369 Abs. 2 und 3 deshalb als sinnlos zu bezeichnen. Denn zunächst brauchen doch nicht immer die Voraussetzungen des § 372 die Zurückverweisung zu bedingen und sodann bleibt auch selbst für diesen Fall noch immer Raum für eine mildere Entscheidung. Endlich müßte der § 398 im Revisionsabschnitt, der wie oben schon erwähnt, das Verbot der reformatio in peius ausdrücklich für den Fall der Zurückweisung aufstellt, jeden Zweifel beseitigen. Und wenn *v. Kries* „nicht die geringste Andeutung im Berufungsabschnitt findet“, nach der eine

[1]) Kleinfeller in GerS. S. 604.

[2]) Ob der Angeklagte wirklich damit nur Aburteilung durch den zuständigen Richter verlangt? Man darf wohl annehmen, daß ihn auch bei der Unzuständigkeitsrüge nur der eine Gesichtspunkt leitet: freigesprochen zu werden, bezw. eine mildere Strafe zu erhalten.

[3]) Kleinfeller im GerS. S. 595.

solche Analogie gerechtfertigt erschiene, so dürfte ihm die prinzipielle Stellungnahme der Strafprozeß-Ordnung zur Frage der reformatio in peius überhaupt entgegenzuhalten sein, nach der es einer solchen „Andeutung" garnicht bedarf. Auch *Kleinfellers* Einwand, daß „nachdem das angefochtene Urteil vernichtet sei, der Inhalt desselben nicht wieder die Berufung hemmen dürfe" [1]) ist nicht stichhaltig, wenn man bedenkt, daß dieselbe Hemmung bei dem unter Aufhebung des ersten Urteils ergehenden neuen Erkenntnis in den Fällen der §§ 398, 413 vorliegt. Mit Recht nimmt deshalb dann auch die herrschende Meinung in der Theorie, wie in der Praxis das Reichsgericht an, daß beim Vorliegen des § 369 Abs. 2 und 3 das Verbot der reformatio in peius zu beachten ist.[2])

XXI.

Die Berechtigung einer reformatio in peius. Die Geschichte.

Die bevorstehende Neuregelung der Strafprozeß-Ordnung legt nun zum Schluß die Frage nach der Berechtigung des Verbotes der reformatio in peius ganz besonders nahe. Bei der Beantwortung dieser Frage wird es natürlich in der Hauptsache auf die Pinzipien des geltenden Rechts ankommen, doch auch Erwägungen allgemeiner Natur und die Verwertung geschichtlicher Betrachtungen werden eine objektive Stellungnahme zu diesem Problem erleichtern.

Was zunächst die Geschichte des Verbotes der reformatio in peius anbetrifft, so war in den Kapiteln XII und XIII gezeigt worden, daß sie eigentlich erst mit dem Ende des 18. Jahrhunderts einsetzt. Insonderheit kannte das römische Recht dieses Verbot nicht, obwohl gerade viele der älteren Schriftsteller mit der Behauptung des Gegenteils das Verbot zu begründen ver-

---

[1]) Kleinfeller im GerS. S. 605.

[2]) Vgl. Löwe zu § 372 Anm. 5 S. 790 f.; Bennecke S. 748 Anm. 24; Beyer S. 814 VI; Hetzer zu § 372 Anm. 1 S. 164; Puchelt zu § 372 Anm. 4 S. 584; Thilo zu § 372 Anm. 3 S. 422 f.; Stenglein zu § 372 Anm. 2 S. 559; Bennecke-Beling S. 577/78; v. Lilienthal S. 317 und RGSt. Bd. 8 S. 307, Bd. 25 S. 399.

suchte.[1]) Wollte man aus den einer reformatio in peius verwandten Bestimmungen des Corpus Juris eine Stellungnahme des Justinianeischen Rechtes überhaupt folgern, so könnte man, wie oben dargelegt war,[2]) nur die Zulässigkeit der reformatio in peius für jene Zeit konstatieren und auch in diesem Zusammenhange gegen die geschichtliche Berechtigung ihres Verbotes anführen.

Andererseits ist die Behauptung, daß dieses dem deutschen Geiste fremde Verbot aus der französischen Justiz herübergenommen sei,[3]) eine Behauptung, die ebenfalls für die geschichtliche Unzulässigkeit desselben sprechen soll, unzutreffend. Denn der mehrfach zitierte avis du Conseil d'Etat, der in Frankreich das Verbot einführte, ist von 1806, während jenes Poblem in Deutschland schon vor dieser Zeit[4]) Gegenstand weitläufiger Erörterungen war. Weniger der französischen Justiz, als vielmehr den Wirkungen der großen Revolution wird es zuzuschreiben sein, daß in der Folgezeit dann das Verbot eine immer größere Anhängerschaft gewann, die die in einem anderen Sinne „humanitatis ratione" erlassenen Justinianeischen Bestimmungen[5]) ihren Zwecken entsprechend auslegte und endlich in der relativen Rechtskraft des Urteils die juristische (wie sich noch zeigen wird, mangelhafte) Begründung für das Humanitätsbedürfnis der Zeit zu finden glaubte.

Man wird also aus der Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung eine Stellungnahme weder für noch gegen das Verbot der reformatio in peius einwandfrei rechtfertigen können. Auch die seit der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts dem Verbot fast durchweg günstige Weiterbildung der Doktrin vermag angesichts der kurzen Zeitspanne an dieser Meinung nichts zu ändern.

XXII.

Kriminalpolitik und Humanität.

Ebenso werden allgemeine Erwägungen die Frage nach der Berechtigung des Verbotes nicht lösen können.

[1]) Wie u. a. Leyser a. a. O.; Gönner a. a. O. etc.
[2]) Vergl. Text Kap. XI.
[3]) Vergl. z. B. Keber S. 80; Thode S. 56.
[4]) Vergl. Text Kap. XIII.
[5]) U. a. Bayl a. a. O. S. 360; l. 6. Dig. 49, 1.

Da ist zunächst der Gedanke, daß der Angeklagte durch das Schärfungsrecht der Instanz von der Einlegung des Rechtsmittels abgeschreckt werden könnte.[1]) „Ein Rechtsmittel aber", sagt *Merkel,* „welches solche Gefahren erzeuge und solche Folgen hervorbringen kann, würde sich in der Erfahrung sehr bald als völlig nutzlos darstellen." Den Interessen des Staates würde eine solche Abschreckung zuwiderlaufen. Denn der Staat habe, um das Vertrauen zu seiner Rechtspflege nicht zu erschüttern, darauf zu achten, daß seine Urteile nicht „nur objektiv, sondern auch nach der Meinung des Delinquenten gerechte seien".[2]) Diese Vorstellung bei dem Verbrecher auszulösen, dürfte indessen die Verhängung einer zu gelinden Strafe ein ebenso falscher Weg sein, wie die Verhängung einer zu harten Strafe. Sodann ist es sehr zweifelhaft, ob sich der Angeklagte tatsächlich durch das Schärfungsrecht des Oberrichters abschrecken ließe, wenn er sich durch ein Urteil zu Unrecht beschwert fühlt. Das Bewußtsein seiner Schuldlosigkeit wird den Gedanken an die Möglichkeit einer noch härteren Strafe garnicht aufkommen lassen, geschweige denn, daß er darin eine so große Gefahr erblicken wird, daß er sich lieber mit dem ersten Urteil zufrieden gibt.[3]) — Man wird vielmehr nicht fehl gehen, wenn man diese kriminalpolitischen Bedenken auf den von einem allgemeinen Mitleidsempfinden für den Delinquenten diktierten Satz zurückführt: daß ein auf Milderung hoffender Angeklagter nicht durch ein noch härteres Urteil enttäuscht werden dürfe. „Der Verbrecher erscheint nicht mehr als der Missetäter, der Strafe der Gerechtigkeit wegen leidet, für welchen daher die Strafe ein Uebel darstellen soll, sondern als der Unglückliche, den eine böse Naturanlage, ein widriges Geschick zu der verbrecherischen Tat unwiderstehlich getrieben hat und der mithin nur Mitleid, aber nicht die Zufügung eines Uebels verdient".[4])

Für diese Humanitätsrücksichten kann es nun kein ungeeigneteres Gebiet geben, als die Rechtspflege, für die doch ausschließlich der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit in Betracht

[1]) Z. B. Merkel a. a. O. im GerS. S. 471.
[2]) Vergl. Thode S. 59.
[3]) Vergl. Arnold a. a. O. im GerS. S. 211 ff.
[4]) Kleber S. 17.

kommen kann, ganz abgesehen davon, daß dieses übertriebene Mitleid gerade mit der Klasse der Verbrecher, „mit jenen Unglücklichen, wenn auch durch eigene Schuld“ [1]) auch rein menschlich nicht recht einzusehen ist.

Daß der Verbrecher sich durch das Strafschärfungsrecht des Oberrichters von der Rechtsmitteleinlegung überhaupt abhalten lassen würde, darf, wie gesagt, bezweifelt werden. Daß die Möglichkeit einer reformatio in peius ihn vor frivolen Einlegungen zurückschrecken ließe, wäre ein nur zu wünschendes Resultat. Das Verbot verleitet ja direkt zum frivolen Rechtsmittelgebrauch. „Ein bloßes da capo aus dem Mund des verurteilten Angeklagten und die ganze Arbeit der ersten Instanz fliegt in den Papierkorb. Der Verurteilte hat ja in der Regel nichts zu verlieren. Die drohende Kostenlast, welche allein eine Hemmungsvorstellung auslösen könnte, hat er in 999 von 1000 Fällen nicht zu fürchten; sie prallt an seinen leeren Taschen wirkungslos ab und gegen eine Verschärfung des ersten Urteils in der Berufungsinstanz schützt ihn das durch und durch unmoralische Verbot der reformatio in peius“.[2]) Diese zunächst etwas hart erscheinende Verurteilung des Verbotes als „unmoralisch“ wird man gerechtfertigter finden, wenn man das ausführliche statistische Material betrachtet, mit dem *Keber* seine Behauptung von der Frivolität des Rechtsmittelgebrauchs illustriert,[3]) und worin er die Notwendigkeit der Zurückweisung von mehr als dreiviertel sämtlicher Berufungen und Revisionen nachweist! Dieses Resultat sollte gegenüber den „humanen“ Erwägungen auf der anderen Seite doch zu denken geben. Als Folgeerscheinung des Verbotes de lege lata wird es der Gesetzgeber bei der Frage nach der Berechtigung desselben de lege ferenda zu beachten haben.

XXIII.

Juristische Grundsätze.

Ist bei diesen allgemeinen Erwägungen immerhin noch die Möglichkeit eines verschiedenen Standpunktes in Bezug auf das Zurechtbestehen des Verbotes der reformatio in peius denkbar,

[1]) Arnold a. a. O. S. 211.

[2]) Graf Dohna: Berufung in Strafsachen S. 7.

[3]) Keber S. 12—16.

so läßt die rein juristische Behandlung der Frage keinen Zweifel über die absolute Unhaltbarkeit dieses Verbotes.

Aus den dem modernen Strafverfahren zu Grunde liegenden Prinzipien läßt es sich keinesfalls herleiten. Für das vornehmste, für eine ideale Strafrechtspflege einzig mögliche Ziel: die Erforschung der materiellen Wahrheit, bedeutet die Unzuläßigkeit der reformatio in peius eine unüberwindliche Schranke. Das Offizialprinzip, als der Prozeßweg, der zu jenem Ziele führt, wird dem Verbot zu Liebe zerbrochen. Die Lehre von der Rechtskraft des Judikats bedarf einer gänzlichen Umbildung. Kurz, sämtliche Grundlagen des Prozesses wanken unter den Bestimmungen der §§ 372, 398 und 413.

Zwar fehlt es nicht an Stimmen, die das Verbot mit den allgemeinen Regeln des Verfahrens in Einklang zu bringen versuchen; doch alle diese Versuche verwechseln Grund und Folge; alle machen den Fehler, daß sie das Verbot nicht deduktiv aus den Prinzipien des Prozesses herleiten, sondern induktiv aus dem Verbot Prinzipien konstruieren, die sie dann verallgemeinern und als Stütze für die Berechtigung ihrer Behauptungen verwenden.

Am augenfälligsten erscheint das bei dem Grundsatz der relativen Rechtskraft, der besonders von den französischen Schriftstellern[1]) zur Begründung des Verbotes herangezogen worden ist. „Durch diese Motivierung“ — bemerkt *Seuffert* dazu — „verkehren sie aber, indem sie die Folge zum Grund machen, das richtige Verhältnis zwischen dem Verbote der reformatio in peius und der Rechtskraft. In Frankreich wird so wenig, wie bei uns von dem höheren Grade eines Verbrechens freigesprochen, wenn wegen des niederen eine Verurteilung erfolgt; noch weniger aber, was die Strafausmessung anbelangt, das Strafrecht des Staates rücksichtlich des höheren Strafmaßes ab – und rücksichtlich des niederen zuerkannt.“ Das Prinzip der relativen Rechtskraft gründet sich also auf das Verbot der reformatio in peius, und nicht kann das Verbot aus jenem Grundsatz hergeleitet werden.[2]) Auch bei deutschen Autoren findet sich dieser Trugschluß. Wenn z. B. *Kleinfeller* sagt: „Der Inhalt der relativen Rechtskraft wird

[1]) Vergl. Seuffert S. 33 und 41.

[2]) Vergl. auch Goltd. Arch. Bd. 8 S. 318; Merkel a. a. O. S. 474 f.; v. Schwarze im GerS. Bd. 14 S. 301.

durch die Unzulässigkeit des Verbotes der reformatio in peius mit bestimmt“ [1]) und „das Verbot der reformatio in peius gibt der relativen Rechtskraft erst den weiteren Inhalt, daß hinsichtlich der einer Anfechtung unterworfenen Punkte nicht zum Nachteile des Beschwerdeführers erkannt werden dürfe,“ [2]) so macht er in etwas gelinderer Form denselben Fehler. Das Verbot der reformatio in peius modifiziert und erweitert nicht den Inhalt der relativen Rechtskraft, sondern schafft ihn überhaupt erst. —

Kleinfeller fährt in dem obigen Zitate fort: „Beide Erscheinungen: relative Rechtskraft und Unzulässigkeit der reformatio in peius sind Folgen des im Rechtsmittelverfahren teilweise herrschenden Dispositionsprinzips.“

Dieser neue Rechtfertigungsversuch, die Herleitung des Verbotes aus der das Rechtsmittelverfahren beherrschenden Antragsmaxime (!) wird von zahlreichen Schriftstellern vertreten, unter denen besonders *Planck*,[3]) *von Schwarze*,[4]) *von Lilienthal*[5]) und *v. Ullmann*[6]) zu nennen sind. Doch diese sämtlichen Schriftsteller sind den Beweis für ihre Behauptung, daß der Rechtsmittel- und Wiederaufnahmeprozeß unter Parteidisposition stehe, schuldig geblieben, weshalb die Vermutung außerordentlich nahe liegt, daß man auch hier Grund und Folge umgekehrt, daß man die durch die positiven Gesetzesbestimmungen der §§ 372, 398 und 413 für jene Verfahren geschaffene teilweise Antragsmaxime benutzt hat, eine prinzipielle Berechtigung des Verbotes daraus abzuleiten.

Der Beweis dürfte auch schwer oder vielmehr garnicht zu führen sein. Wenn die oben genannten Autoren sich darauf stützen, daß Berufung, Revision und Wiederaufnahme nur auf Antrag stattfinden, so ist damit noch nicht das Vorherrschen der der zivilprozessualen Antragsmaxime erwiesen. Die Natur des Antrags dort und hier ist eine grundsätzlich verschiedene. Während ihm im Zivilverfahren die Kraft innewohnt, den Prozeßstoff von vornherein abzugrenzen, ist er im Strafprozeß nur die

[1]) Kleinfeller a. a. O. S. 590.
[2]) Derselbe S. 591.
[3]) Vergl. Planck a. a. O. S. 518 f.
[4]) v. Schwarze in GerS. Bd. 14 S. 285 f.
[5]) v. Lilienthal a. a. O. S. 316.
[6]) v. Ullmann a. a. O. S. 549.

Veranlassung zum Tätigwerden des Gerichtsapparates, ähnlich der Anklage des Staatsanwalts. Daß das auf Antrag sich abwickelnde Strafverfahren in erster Instanz unter der Herrschaft der Offizialmaxime steht, bezweifelt niemand. Warum soll der Antrag — soweit ein solcher im Einlegen des Rechtsmittels überhaupt zu sehen ist, in der zweiten Instanz plötzlich andere Folgen haben? Aus dem Gesetz ergibt sich das jedenfalls nicht. Berufungs-, Revisions- und Wiederaufnahmeverfahren werden genau so von der Offizialmaxime beherrscht wie das Verfahren in erster Instanz.[1]) Der § 368, der auf den ersten Blick vielleicht dagegen zu sprechen scheint, und der übrigens nur in dem Gedanken an eine Mehrheit von Delikten[2]) in der ersten Lesung eingefügt worden ist (keiner der drei Entwürfe enthielt ihn), sagt ja nur, daß der Prüfung des Berufungsrichters das erste Urteil nur so weit unterliegt, als es angefochten ist. In Bezug auf diesen angefochtenen Teil dürfte nun aber das Obergericht in seiner Entscheidung an keine weitere Rücksichtnahme auf den Willen des Angeklagten gebunden sein. Ist also von mehreren Delikten nur in Bezug auf eins Berufung eingelegt, so ist die zweite Instanz durch § 368 verpflichtet, von der Nachprüfung der übrigen abzusehen. In Bezug aber auf das eine angefochtene Delikt würde die Instanz nach den allgemein gültigen Grundsätzen, d. h. die materielle Wahrheit ex officio erforschend, neu zu entscheiden haben. Die Frage nach der Urteilsspaltung in betreff des einzelnen Delikts, also nach der partiellen Rechtskraft im engeren Sinne, spielt dabei keine Rolle. Angenommen, sie bestehe,[3]) so könnte der Angeklagte eben nur Schuld oder Strafe besonders anfechten, der Oberrichter müßte immer wieder in Bezug auf den angefochtenen Teil neu erkennen, ohne daß der Wunsch des Delinquenten nach Verbesserung des ersten Urteilsspruchs in Betracht käme. — Ganz gleich liegen die Fälle der Revision und Wiederaufnahme. Das eine Mal behauptet der Angeklagte, das erste Urteil sei aus rechtlichen Gründen nichtig. Wird das erste Erkenntnis daraufhin aufgehoben, so steht das nunmehr neu ein-

---

[1]) Vergl. Brachvogel in GerS. a. a. O. S. 222, 223.

[2]) Vergl. Hahn a. a. O. S. 1017. Besonders die Begründung v. Schwarzes in der 2. Lesung S. 211 f.

[3]) Vergl. dagegen die Ausführungen Kebers S. 85–99.

setzende Verfahren, gleichviel ob es sich vor einem Untergericht bei Zurückverweisung der Sache, oder vor dem Revisionsgericht selbst abspielt, wieder unter der Herrschaft der allgemeinen strafprozessualen Grundsätze. Und ebenso muß endlich bei der Wiederaufnahme der erkennende Richter unabhängig von dem Willen des Delinquenten, unabhängig von den Ergebnissen des ersten Prozesses, seinen Spruch lediglich von der Erforschung der materiellen Wahrheit abhängig machen. Die Annahme der Dispositionsmaxime ist bisher vollständig gegenstandslos. Nunmehr aber setzen die positiven Vorschriften der §§ 372, 388 Abs. 2 und 413 Abs. 2 ein und oktroyieren in gewisser Weise dem Strafverfahren, das nach ganz anderen Gesichtspunkten geleitet, von ganz anderen Zielen bestimmt wird, den zivilprozeßrecht-Grundsatz: ne eat judex ultra petita partium.

Erst auf Grund dieser Vorschriften läßt sich die These von der „Vorherrschaft der Dispositionsmaxime im Rechtsmittelverfahren“ aufstellen, niemals aber das Verbot der reformatio in peius umgekehrt aus den dem Strafverfahren wesentlichen Prinzien ableiten.

Wenn *v. Schwarze*[1]) endlich noch einen prinzipiellen Rechtfertigungsversuch macht, indem er argumentiert: der Angeklagte könne auf die Rechtsmittel verzichten, also müsse er auch teilweise verzichten und damit Rechtsmittel teilweise einlegen können, so muß dagegen gesagt werden, daß sich zunächst aus dem Verzicht noch durchaus nicht notwendig der teilweise Verzicht ergibt[2]) und daß sodann, selbst diese Annahme eines teilweisen Verzichtes vorausgesetzt, damit noch kein neuer Gesichtspunkt für die Begründung des Verbotes der reformatio in peius aufgestellt wird. Es würde sich daraus wieder nur die Teilbarkeit einer Strafentscheidung ergeben, die wie oben darzulegen versucht wurde, noch nicht für eine Unzulässigkeit der reformatio in peius zwingend ist.

Wie die Voraussetzungen für diese Unzulässigkeit durch die Prinzipien des Strafverfahrens nicht gegeben erscheinen, so sind auch ihre Folgen juristisch sozusagen unmöglich. Denn sie be-

[1]) Vgl. v. Schwarze im GerS. Bd. 14 S. 288 f.

[2]) Vgl. z. B. den gleichliegenden Fall des Strafantrags, den der Verletzte auch nicht „teilweise“ stellen kann.

dingt Entscheidungen, die mit den positiven Normen des materiellen Strafrechts in direktem Widerspruch stehen. Sie zwingt unter Umständen dazu ein Delikt, das nach dem Willen des Gesetzgebers nur mit Zuchthaus zu bestrafen ist, durch eine Geldstrafe zu ahnden.

Vom Standpunkt der juristischen Berechtigung aus vermag also de lege ferenda auch nicht ein einziges Argument für das Verbot der reformatio in peius zu sprechen. Der alleinige und anfechtbare Grund für ihre Unzuläßigkeit muß, trotz aller entgegengesetzten Rechtfertigungsbemühungen, vielmehr in allgemeinen Billigkeitserwägungen, Humanitätsrücksichten gesucht werden. Anfechtbar aber ist eine solche Begründung neben dem in Kap. XXII Ausgeführten auch deshalb, weil sie von einer sehr zweifelhaften Konstruktion der Rechtsmittel überhaupt getragen wird: von der Konstruktion der Rechtsmittel als einer Wohltat für den Angeklagten. Nur von dieser Konstruktion aus vermag man die dem Verbote der reformatio in peius günstige, in fast allen modernen Gesetzgebungen sich dokumentierende Zeitströmung zu verstehen. Und doch dürfte diese Konstruktion keineswegs einwandfrei sein. Zwar ist das Rechtsmittel als eine Wohltat für den Angeklagten aufzufassen; doch nur insofern, als es ihm vor ungerechten Verurteilungen schützen soll, niemals aber kann die Wohltat des Rechtsmittels so weit gehen, daß es ihn einer gerechten Verurteilung entzieht. Im Dienste der Gerechtigkeit, im Dienste der materiellen Wahrheit steht auch die zweite Instanz. Daraus, daß sie „keine notwendige Konsequenz dieser Prinzipien ist“ [1]) (weil unter Umständen eben der Wille des Angeklagten der alleinige Anlass für das Verfahren sein kann) läßt sich doch keinesfalls, wie *v. Schwarze* das tut, der Schluß ziehen, daß sie eventuell auch entgegen der materiellen Wahrheit, entgegen der „Gerechtigkeit“ „Rechtsprechen“ dürfe. Das Rechtsmittel lediglich als Wohltat für den Delinquenten angesehen, muß zum „Unrechtsmittel“ führen. Diese unsinnigen Konsequenzen ergeben ohne weiteres die Falschheit jener Konstruktion. Das Rechtsmittel ist eben nicht schlechthin und in jedem Betracht eine Wohltat für den Angeklagten, sondern eine Wohltat für den Angeklagten im Sinne der Gerechtigkeit.

[1]) v. Schwarze a. a. O. S. 285.

XXIV.

Der Entwurf der Strafprozessordnung.

Der Entwurf[1]) der neuen Strafprozeßordnung von 1908 hat sich leider nicht auf den Standpunkt der Unhaltbarkeit des Verbotes der reformatio in peius gestellt. Ja nicht einmal eine Einschränkung derselben durch die Anschlußberufung des Staatsanwalts vorgesehen, sondern sich mit der Regelung einiger (durchaus nicht aller) Streitfragen begnügt. § 330 des Entwurfs (entsprechend § 372 StPO.) sagt: „Ist das Urteil nur von dem Angeklagten oder zu dessen Gunsten angefochten, so darf eine schwerere als die bisher erkannte Strafe nicht verhängt werden. Die einer Gesamtstrafe zu Grunde liegenden Einzelstrafen dürfen nicht höher, als in dem angefochtenen Urteile bemessen werden." Ebenso in Bezug auf Revision und Wiederaufnahme § 350 Abs. 2 d. E. (§ 398 Abs. 2 StPO.) und § 361 Abs. 2 d. E. (§ 413 Abs. 2 StPO.) Die Begründung[2]) besteht im wesentlichen in einer Wiederholung des Inhalts der Paragraphen. Nach dem Entwurf soll also auch für die Berufung künftig nur in der Zuerkennung einer „härteren Strafe" und nicht mehr in der „Abänderung zum Nachteile" eines Angeklagten die reformatio in peius zu erblicken sein, und damit die ständige Rechtssprechung des Reichsgerichts sozusagen legalisiert werden.

Des weiteren regelt der Entwurf die Streitfrage nach der Gesamtstrafe in dem auch in dieser Arbeit vertretenen Sinne.[3]) Die berechtigten Zweifel hingegen, was als härtere Strafe im einzelnen anzusehen sei, läßt er ungelöst.

Der Wegfall des Zwischensatzes — „oder einer der im § 340 bezeichneten Personen" — ist unerheblich. Die aus juristischen und praktischen Gründen gleich dringend erscheinenden Aufhebung oder wenigstens Einschränkung des Verbotes faßt der Entwurf, wie gesagt, nicht ins Auge.

Die Strafprozeß-Kommission hatte freilich, wie aus ihren Protokollen ersichtlich ist,[4]) in der ersten Lesung einen Versuch

[1]) Vergl. Entwurf einer Strafprozeßordnung nebst Begründung 1908. Ebenso die Reichstagsvorlage 1909.

[2]) Vergl. Entwurf Sp. 311, 314, 322.

[3]) Vergl. S. 68 f.

[4]) Vergl. Prot. d. Komm. für die Reform des Stratprozesses 1905.

gemacht, eine grundsätzliche Aenderung zu schaffen. Doch ist es bisher bei dem Versuch geblieben. „Das Verbot der reformatio in peius habe sich in der Rechtsauffassung des Volkes seit langer Zeit so befestigt, daß eine gänzliche Beseitigung nicht angängig sei. Dagegen lasse sich eine Abschwächung des Verbotes, wie sie mit der Zulassung der Anschlußberufung bewirkt werde, wohl durchführen . . . . .[1]) Doch wurde gegen diesen Antrag eingewendet: „Er führe dazu, daß in zweiter Instanz eine dem Ergebnis der Verhandlung entsprechende strengere Bestrafung des Angeklagten vom Gericht nur dann ausgesprochen werden könne, wenn zuvor die Staatsanwaltschaft die Anschlußberufung eingelegt habe. Es sei aber wenig angemessen, das Gericht in dieser Weise von der Entschließung der Staatsanwaltschaft abhängig zu machen. Eher würde es sich noch empfehlen, das Verbot der reformatio in peius überhaupt zu beseitigen".[2]) Ein Antrag in dieser Richtung wurde jedoch nicht gestellt; das hieß also, wie es durch den neuen Entwurf denn auch bestätigt wurde: es soll bei dem augenblicklichen Zustand sein Bewenden haben. Um ein geringeres Uebel, wie es die Anschlußberufung des Staatsanwalts gegenüber dem heutigen gänzlichen Verbot der reformatio in peius doch zweifellos wäre, zu vermeiden, soll das alte Uebel, das uneingeschränkte Verbot, lieber bestehen bleiben, obgleich sich gewichtige Stimmen derjenigen Literatur, die sich mit dieser Frage im speziellen beschäftigt hat, gegen das Verbot aussprechen,[3]) obgleich besonders auch aus den Kreisen der richterlichen Praxis die[4]) größten Bedenken gegen dasselbe geltend gemacht werden.

Gewiß ist es richtig, daß das Gericht von der Entschließung der Staatsanwaltschaft besser nicht abhängig gemacht wird, und ebenso richtig, daß das beneficium adhäsionis für den Staatsanwalt eine halbe Maßnahme, im Grunde doch nur eine verhüllte

---

[1]) Daselbst Bd. 1 53. Sitzung S. 477.

[2]) Prot. Bd. 1 S. 477.

[3]) Wie u. A. Rosenfeld, Binding, Schulzenstein, Bennecke, Graf Dohna, Liepmann: „kritische Erörterungen und Vorschläge zur Strafprozeßreform" etc. etc.

[4]) Vgl. u. A. Brachvogel, Keber, Norden: Zum Verbot der reformatio in peius in der ZStW. Bd. 29 S. 781 ff. v. Pfister: reformatio in peius, im Recht 14. Jahrg. No. 18 Sp. 635 f.

Aufhebung des Verbotes darstellt, die schon als solche gegen sich selbst spricht. Denn selbstverständlich wird „durch dieses Anschlußrecht das Verbot der reformatio in peins praktisch fast ganz außer Anwendung gesetzt. Nur in den Ausnahmefällen, wo die Staatsanwaltschaft entweder in Unachtsamkeit oder in bewußtem Gegensatz zur Ansicht des Gerichts das Anschlußrecht nicht geltend gemacht hat, würde das Verbot noch seine Wirkung äußern. — Indessen, nachdem wir gesehen haben, daß einerseits das Verbot der reformatio in peius durchaus keinen Fundamentalsatz des Strafprozeßrechts bildet, und daß es andererseits einer gerechten Strafrechtspflege ein schweres Hindernis bietet, werden wir diesem Umstand irgend welche Bedeutung nicht beimessen können".[1]) Und wollte man diesem Umstand (daß nämlich die Anschlußberufung einer verdeckten Aufhebung des Verbotes gleichkommen würde) dennoch Bedeutung beimessen, so spricht implicite auch der eben zitierte Schriftsteller in dem zuletzt angeführten Satz die Forderung aus, daß das Verbot gänzlich beseitigt werden müsse.

Ist denn der einzige Grund, der die Reformkommission zur Aufrechterhaltung des Verbotes bewogen hat, der Grund, daß „sich das Verbot der reformatio in peius in der Rechtsauffassung des Volkes seit langer Zeit so befestigt habe, daß seine gänzliche Beseitigung nicht angängig sei" wirklich stichhaltig? Man wird ein „im Volke dahingehendes Empfinden," mit *Liepman*,[2]) wohl anzuzweifeln berechtigt sein. „Nicht das Volk, sondern höchstens die glücklicherweise nicht sehr zahlreiche Klasse, welche den Strafrichtern zu tun gibt, dürfte von der bisherigen Regelung Kenntnis haben," und was die „lange Zeit betrifft, in der sich das Verbot im „Volke" befestigt haben soll, so kann hier nur wiederholt werden, daß im Rahmen des halben Jahrhunderts, das dafür in Betracht kommt, jene Voraussetzung noch nicht gegeben sein dürfte.[3])

Unter der ganzen um die Strafprozeßreform entstandenen Literatur scheint nur eine einzige Stimme zu sein, die sich für die Aufrechterhaltung des Verbotes ausspricht und auch diese

[1]) Norden in ZStW. a. a. O. S. 798.
[2]) Liepmann a. a. O. S. 81.
[3]) Vergl. Text Kap. XXI.

vermag die hier vertretene Ansicht nicht zu entkräften. Wenn nämlich *Heinemann* sagt[1]) „der Entwurf hielte den altbewährten Rechtsgrundsatz: in dubio pro reo — für so wenig berücksichtigenswert, daß die Motive auch nicht einen Augenblick die Frage aufwerfen, ob es nicht billig sei, die Berufung lediglich zu Gunsten des Verurteilten (!) nicht zum Nachteil des Freigesprochenen zuzulassen", so erübrigt in der Tat die Konstruktion des Rechtsmittels der Berufung als eines Zweifelfalles, der nur im Interesse des Angeklagten zu entscheiden wäre, eine weitere Kritik.

Noch steht die endgiltige Entscheidung über die Frage, wie die Rechtsprechung in dieser Beziehung sich künftig zu gestalten hat, aus. Und es kann auch an dieser Stelle nur der Hoffnung Ausdruck gegeben werden, daß die Legislative diese Entscheidung nach den für die Strafrechtspflege einzig notwendigen Gesichtspunkten objektiver Gerechtigkeit fällen und die Beseitigung des Verbotes der reformatio in peius durchsetzen wird.

---

[1]) Heinemann: Zur Reform der Strafprozeßordnung S. 16.

Lebenslauf.

Ich, *Rolf Wilhelm Lauckner*, Sohn des verstorbenen Baurats *Wilhelm* und seiner Ehefrau *Clara*, geb. *Schulz*, bin am 15. Oktober 1887 zu Königsberg i/Pr. geboren. In Dresden, wohin meine Mutter zunächst übersiedelte, besuchte ich zuerst eine Privatschule und dann das Real-Gymnasium „Drei-König-Schule". Ostern 1906 bestand ich hier das Abiturium und bezog die Universitäten Lausanne, Kiel, München und Königsberg. Zu meinen Universitätslehrern gehörten vor allem die Professoren Kuhlenbeck, Pareto (Lausanne), Bernhardt, Adler, Hähnel (Kiel), Brentano, Gareis, v. Amira, v. Seuffert, v. Ullmann (München), Arndt und Litten (Königsberg), denen allen ich an dieser Stelle meine dankbarsten Empfindungen ausspreche. Im Juni 1911 bestand ich am Ober-Landesgericht in Königsberg die erste iuristische Staatsprüfung und im Dezember 1912 das Rigorosum der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät in Würzburg, wo besonders Professor Oetker meine Dissertationsschrift „Zur Geschichte und Dogmatik der reformatio in peius" durch sein liebenswürdiges Interesse und manchen Rat förderte.

R. L.